

**CARRERA DE ESPECIALIDAD EN
DERECHO PENAL**

UBA

**IMPUTACION OBJETIVA COMO ELEMENTO REDUCTOR
DE ATRIBUCION A PARTIR DE
UN FALLO NACIONAL Y UNO EXTRANJERO**

Autora: Abogada LUCIANA IRIGOYEN TESTA

Necochea, mayo de 2006

IMPUTACION OBJETIVA COMO ELEMENTO REDUCTOR DE ATRIBUCION

A PARTIR DE UN FALLO NACIONAL Y UNO EXTRANJERO

Por Luciana IRIGOYEN TESTA

Indice

- I.
 - a) Punto de partida
 - I.b) Relaciones causales y riesgo
 - I.c) Factores objetivos y subjetivos
- II. Problemas especiales. Grupos de casos
 - II.a) Riesgo permitido
 - II.b) Falta de creación de riesgo o disminución del ya existente
 - II.c) Prohibición de regreso
 - II.d) Curso causal hipotético o causalidad anticipada
 - II.e) Delimitación material temporal de la relación final
 - II.f) Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma
 - II.g) Incremento del riesgo no permitido que no se realiza en el resultado
 - II.h) Desviaciones en los cursos causales o peligros primarios y secundarios:
- III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.
 - III.a) Un fallo nacional
 - III.b) Un fallo español

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

IMPUTACION OBJETIVA COMO ELEMENTO REDUCTOR DE ATRIBUCION
A PARTIR DE UN FALLO NACIONAL Y UNO EXTRANJERO

Por Luciana IRIGOYEN TESTA

I. a) **Punto de partida**

La Teoría de la Imputación Objetiva, sobre la que intentaré algunas pinceladas y reflexiones en este trabajo, como tantos temas en el derecho, generan distintas posiciones doctrinarias, con sus adeptos y detractores. Por este motivo, en los próximos párrafos formularé algunas afirmaciones que implican postura para una mejor comprensión de los alcances que estaré dando a la cuestión.

Aún a riesgo de obviedad, en primer lugar diré que la imputación objetiva ninguna relación tiene con la responsabilidad objetiva en derecho penal. Esta aclaración la formulo para aventar temores de algún desprevenido. Esta teoría resulta un juicio final en sentido "*objetivo*" pues no solo se imputa *lo querido y sabido* sino *lo conocido*. Ello es lo que pudo ser abarcado por la voluntad del autor, en tanto fuera un objeto posible de la voluntad, sea para su realización (acción) o hacia su posible evitación (omisión). La relación entre hecho y voluntad implica la previsibilidad y posibilidad de dominar. De esta manera, se denomina "*objetiva*" a la imputación en tanto la previsibilidad (muy importante la del curso causal) fuera asequible ex ante para cualquier actor en esas circunstancias¹.

La teoría de la imputación objetiva nace en búsqueda de solucionar la categoría de delitos que más preocupaba al finalismo, por la aparente ausencia del factor final: los delitos imprudentes. En ellos no aparece manifiesta una voluntad realizadora del tipo penal, sino un comportamiento final dirigido a un resultado socialmente aceptado, en el cual se seleccionan imprudente o negligentemente medios inadecuados, violatorios del deber objetivo de cuidado².

Sabemos que el derecho prohíbe y manda acciones, no resultados. Por ello no puede hacerse depender todo el Derecho Penal de los resultados. Este es el gran aporte del finalismo en sentido genérico³.

¹ LOPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela, *Teoría de la imputación objetiva en el derecho penal actual*, Orden Jurídico Penal, año 1/ 9/ 1999, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 55.

² LOPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela, op. cit., p.p. 27/27

³ DONNA, Edgardo Alberto, "Teoría de la imputación objetiva. El riesgo permitido" en *Teoría del Delito y de la pena*. Tomo 2, *Imputación delictiva*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 39.

La Teoría de la Imputación Objetiva aparece como un tamiz que delimita si un resultado causado por una conducta puede atribuirse jurídicopenalmente a ella. Por este filtro jurídico pasan relaciones causales respecto de un resultado. De todas las causas posibles, sólo quedará una –jurídicopenalmente relevante- y las demás se desecharán. La relación causal que subsiste es la que merece la consideración de la atribución de ese resultado. En principio, el entramado de ese tamiz es el riesgo permitido o no permitido.

La Teoría de la Imputación Objetiva en tanto criterio reductor de atribución de resultados causales, no funciona epistemológicamente como una teoría –más allá de su denominación-, sino más bien, como una serie de pautas normativas que se trabajan a partir de grupos de casos. Lo cual también acarrea objeciones metodológicas. De todas maneras se buscará tomar el aporte que desde su lugar pueda brindar pues en definitiva genera una limitación apropiada del tipo objetivo. Cuanto más articulado sea el catálogo de criterios de imputación objetiva, más posibilidades habrá de especializar cada uno de ellos en una determinada constelación, con la consiguiente ganancia en términos de seguridad jurídica. Aunque tampoco puede negarse que los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos precisos, sino enunciados un tanto difusos, que contemplan juicios de valor muchas veces contradictorios⁴.

Gimbernat Ordeig, en un maravilloso trabajo⁵, explica que la imputación objetiva es un fantasma desconocido para el legislador que recorre los tipos penales. En aras de darle cuerpo, dice que en sentido positivo es un elemento normativo del tipo; y negativamente es un elemento del tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras estos son mencionados expresamente por la ley, a la imputación objetiva no la menciona. Así, no es acción, ni causalidad, ni resultado típico, ni dolo, ni infracción del cuidado debido. Los elementos de la imputación objetiva se deducen del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales y de los principios que deben informarles.

b) Relaciones causales y riesgo

Las teorías causales han sido sistemáticamente un intento vano por establecer limitaciones a la responsabilidad dentro del campo de la tipicidad. Este fracaso continuo tiene una

⁴ PANTALEON, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, p.p. 1590/1591.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Qué es la imputación objetiva?", publicado en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 167/185 y en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Colombia, 1988, pp. 77/87. Sin embargo, se toma una publicación distinta cuyo origen se ignora, en p. 209/217.

sola explicación. Ninguna teoría causal, dado su origen ontológico, puede decidir si una acción es antijurídica o no⁶. No está de más volver la atención sobre el fallido metodológico que pretende extraer efectos jurídicos de la propiedad del ser, y en el que han caído, tal vez ingenuamente, las teorías causalistas. Sin embargo, debe quedar en claro que las teorías causales no se rechazan, sino que sólo constituyen el punto de partida para la atribución jurídica de un resultado a una conducta⁷. No obstante existen posturas que entienden no necesario partir de la causalidad para atribuir responsabilidad penal⁸.

El estadio de la atribución o imputación del resultado a una conducta es posterior a la relación causal. En primer lugar debe contarse con un resultado que responda causalmente a una acción. El abanico de acciones atrapadas por la relación causal (biológica y ontológica) resulta muy amplio, entonces la imputación objetiva actúa como herramienta reductora de la causalidad. Veamos en qué sentido.

La relación causal, por ser un antecedente necesario de la imputación objetiva, es la primer valla que debe sortear un resultado para ser atribuido a una conducta⁹. En este punto debe haber inflexión ya que una postura distinta llevaría a mutar el tipo objetivo de los tipos penales, cambiando el nexo de causalidad por la acreditación del aumento o creación del riesgo. El derecho penal en vez de prohibir acciones que causen resultados estaría adelantando la punibilidad a la prohibición de generar riesgos. Debe desecharse la equiparación entre el *dolo de riesgo* (para Frisch hay dolo en tanto haya conocimiento del riesgo) y el *dolo de lesión* (conocimiento final hacia el daño con dominio de los medios, en sentido welzeriano). En la práctica, quien sólo tiene dolo de

⁶ Conf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Nuestra posición ante el problema causal. La teoría de la reprochabilidad objetiva" en *DELITOS CUALIFICADO POR EL RESULTADO Y CAUSALIDAD Colección Pensamiento Jurídico*; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid; primera edición 1966, se consulta edición de 1990; p.p. 105/107; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, "Acción y Resultado", en *Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia; 1993, se consulta la 2ª edición de mayo de 1996; p. 265; DONNA, Edgardo Alberto, "Teoría de la imputación...", p. 37.

⁷ Conf. ROXIN, Claus, "La imputación al tipo objetivo", en *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1997, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, & 11; párrafos 1 y 2, p.p. 345/346.

⁸ BACIGALUPO, Enrique ha sostenido que la Teoría de la Imputación Objetiva "propone reemplazar la relación de causalidad por una conexión elaborada en base a consideraciones jurídicas, y no naturales... La comprobación de la relación de la imputación objetiva requiere que: la acción haya creado un peligro no permitido; el resultado producido sea la realización de ese peligro" (en "El tipo objetivo. La teoría de la imputación objetiva", en *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1974, se consulta tercera edición renovada y ampliada de 1994, p.p. 76)

⁹ Conf. BERDUGO GOMEZ de la TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, en AAVV, "La imputación objetiva del resultado", en *Leciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona, 1996, se toma 2ª edición de octubre 1999, pp. 163/167; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, "Causalidad e imputación objetiva", en *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 2, traducción de la 7ma. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson y supervisada por Edgardo Donna Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, & 18, III, 36, p.p. 317/318.

lesión, al aumentar un riesgo, confía racionalmente en evitar la destrucción del bien jurídico. Si efectivamente la destrucción se produce, no habrá dolo eventual. La diferenciación entre dolo de lesión y el dolo de peligro debe sostenerse basada en la parte volitiva.

Respecto de la causa se adopta en general la fórmula de la *conditio sine qua non*, considerándose causa a toda circunstancia que no pueda ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado. Esta regla se basa en una valoración de igualdad o equivalencia entre todas las circunstancias causales en sentido óntico¹⁰.

La afirmación del origen causal de un resultado no es tema sencillo¹¹. Baste para ello el mentado caso *"Contergan"*, y las discusiones científicas que puede generar detectar una causa con grado de certeza. No puede obviarse que las dudas deben jugar en beneficio del autor. Si hay certeza científica en la causa de un resultado puede seguirse avanzando respecto de su atribución penal. No de otra manera¹². Al respecto Maurach y Zipf parecen esbozar una idea distinta para algunos casos con dificultades en el establecimiento de la relación causal¹³.

c) Factores objetivos y subjetivos

La concepción personal del injusto genera cierta relatividad en la distinción entre parte objetiva y parte subjetiva del tipo. El tipo objetivo depende de elementos subjetivos como el conocimiento del autor de ciertas circunstancias, según las posturas. Si bien es necesaria la división

¹⁰ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, "Causalidad e imputación...", &44, p. 321.

¹¹ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, en "Causalidad e imputación...", & 52/67, p.p. 324/329, se refieren al problema de la "causalidad en situaciones límites" y dan por casos: a) cuando la causa es una mera aceleración del resultado que igual habría de producirse; ej. la eutanasia; b) indiferencia en el rango de valor de la causa; ej. A y B suministran sendas dosis letales de veneno a C; c) irrelevancia de la ayuda posterior de un tercero que evita el resultado; d) concurrencia de la relación causal cuando el resultado se ha producido por acción de la víctima; e) hay causalidad cuando el resultado se produjo sólo por la intervención no dolosa de un tercero y este resultado no caiga bajo su exclusiva responsabilidad; f) antiguo caso del ingreso doloso de un tercero a la línea causal iniciada por el autor, en principio hoy superada por la prohibición de regreso elaborada por Frank. ADVERTENCIA de la autora: son muy discutidas las soluciones que proponen Maurach y Zipf a los ítems C, D y F.

¹² MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, explican que la afirmación de la relación causal en derecho dependerá del estado de los conocimientos de las ciencias naturales, de las máximas de la experiencia y la formación de la convicción judicial, para la cual resultarían vinculantes los conocimientos científicos con grado de certeza, en "Causalidad e imputación...", & 18, III, 39, p. 319.

¹³ Los autores citados afirman "*La corrección de la mera investigación de la causalidad por medio de la idea de la imputación objetiva es especialmente recomendable cuando el curso causal denota características atípicas e irregulares*", MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, en "Causalidad e imputación...", t. 1, & 65, p.p. 328. Por ejemplo, recomiendan el uso de esta teoría para corregir casos como: a) particular susceptibilidad de la víctima no reconocible por el autor, Ej. víctima hemofílica; y b) acontecimientos naturales o conductas de terceros imprevisibles, Ej., fallece por accidente de tránsito de la ambulancia que transportaba al malherido.

para una mejor comprensión de la estructura del tipo penal, no debe olvidarse su interdependencia¹⁴.

Struensee sostiene que aunque la teoría de la imputación objetiva no lo hace necesario para la realización del tipo objetivo, en la práctica con asiduidad se depende también de factores subjetivos y psíquicos internos del autor. Si el agente ha conocido y realizado conscientemente determinadas circunstancias fundamentadoras del riesgo, sobre esto puede ser fundado el juicio de que haya creado un peligro prohibido y haya realizado el tipo objetivo de una figura típica¹⁵.

No toda causalidad implica responsabilidad. Se colige que los límites de la causalidad típicamente relevantes en el delito doloso serán fijados por el tipo subjetivo. De esta manera, sólo prevalecerá la causalidad ontológica dirigida por la voluntad de acuerdo a su finalidad¹⁶.

Pareciera que una vez admitido que los factores subjetivos son decisivos para la imputación objetiva del resultado en función del parámetro de creación y realización del riesgo no permitido, la imputación al dolo debería ser planteada una vez resuelta en sentido afirmativo la imputación objetiva. La previsibilidad según el plan del autor delimita el factor cognoscitivo del dolo. No se puede querer ni descuidar lo imprevisible. De esta manera se otorga una cierta independencia a ambos enjuiciamientos¹⁷.

La idea de Imputación Objetiva puede sintetizarse en una *"relación de riesgo"* que pedagógicamente se sostiene en tres pilares:

- 1º) una acción revestida de una finalidad objetiva, en tanto conocimiento del autor
- 2º) una pretensión objetiva ex ante de realizar el tipo penal que se materializa en la elección de los medios idóneos, y por lo tanto previsibilidad de ocurrencia del resultado
- 3º) un riesgo desaprobado¹⁸ que será conjunción de la finalidad objetiva (conocimiento) y de la pretensión (medios idóneos) objetiva de realizar el tipo.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago, "La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva", en *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*, 5ª edición, Editorial Reppertor S.L.; Barcelona, año de la primera edición 1984, cuarta edición corregida y puesta al día con arreglo al código de 1995 de 1996, se consulta la 2ª reimpresión de julio 1999 de la 5ª edición de 1998, p. 216.

¹⁵ Citado por ROXIN, Claus en "Finalidad e imputación objetiva", en el año 2001 estaba en prensa en *Gedachnisschrift für Armin Kaufmann*. Traducción española por Enrique Casas Barquero, Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Córdoba, España, p.p. 144/145.

¹⁶ LOPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela, op. cit., p. 33.

¹⁷ GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales", en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Jornadas Hispano- Alemanas. Universidad Complutense. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p.p. 93 y 101.

¹⁸ LUZÓN PEÑA afirma que la imputación objetiva no requiere la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino de un "riesgo penalmente relevante" en tanto indicio de antijuridicidad para luego analizar requisitos de tipo objetivo y subjetivo. En LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel, "Parte objetiva del tipo en delitos de resultado: causalidad e imputación

La *finalidad objetiva de la acción* indica que el riesgo debe suponer una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico. No se alude con ello a la pretensión subjetiva de quien actúa (dolo o imprudencia), sino a la *posibilidad de control* de un curso causal o dominabilidad humana del riesgo¹⁹.

A su vez dominar y controlar el curso causal denota determinados conocimientos en el autor. Se cita doctrinariamente como ejemplo que no está prohibido hacer viajar a alguien en avión, pues es un riesgo socialmente permitido y no hay control sobre ese curso. En cambio resultaría un riesgo reprobado el hacer viajar a alguien en un avión en el cual "se sabe" explotará una bomba. De ello se concluye que la circunstancia de "*conocimiento de bomba en el avión*", unida al riesgo ubicuo "*viaje en avión*", hace que en manera alguna continúe siendo el mismo riesgo. En estos casos el carácter "*objetivo*" del problema está formulado de modo que induce a malentendidos. La mera norma "*no enviarás a otro a viajar en avión*" no existe. En cambio la norma más elaborada "*no enviarás a otro a viajar en un avión en el que conoces estallará una bomba*" existe e identifica un riesgo reprobado²⁰.

En segundo lugar, la pretensión objetiva de realizar el tipo consiste en poner los *medios conducentes objetivos* para lograr el resultado. En otras palabras, es la *previsibilidad*²¹ que surge de la experiencia en función de la aparición de un resultado proveniente de determinados medios encaminados a provocarlo.

Luego de estas afirmaciones, se obliga cierta objeción dogmática pues el conocimiento y la previsibilidad parecieran coincidir con el plan del autor. Conocer lo que se hace con voluntad de dominar el curso causal hacia el resultado es el contenido del dolo (querer dominado por el saber de la realización del tipo penal objetivo). Puede entonces admitirse que la *previsibilidad objetiva* es el *tipo objetivo* y la *previsibilidad subjetiva* es la *culpabilidad*.

objetiva", en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 382. En el mismo sentido BERDUGO GOMEZ de la TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, op.cit., p. 166.

¹⁹ BERDUGO GOMEZ de la TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, op. cit., p.p. 168/169

²⁰ SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p.p. 107/108.

²¹ BURKHARDT, Björn analiza detenidamente la cuestión en "Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento ex ante. Contribución a la crítica contra la "confusión entre lo subjetivo y lo objetivo"", en AAVV, *CUADERNOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL*, año VII, Número 11, 2001, dirigido por Esteban Righi, subdirector Gustavo A. Bruzzone, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, p.p. 151/198.

II. Problemas especiales. Grupos de casos

Los párrafos anteriores comienzan a tomar color al referir los grupos de casos en que la Teoría de la Imputación Objetiva ha ido dejando su impronta. Someramente enunciaré algunos sin ahondarlos, ya que son cita obligada al abordar cuestiones de la imputación objetiva, y por tanto conocidos por el lector.

II. a) Riesgo permitido

No hay imputación objetiva del resultado causado en el marco de este accionar. Armin Kaufmann cita el tránsito en el cual no hay un peligro jurídicamente desaprobado sino la realización de un riesgo permitido²². Gimbernat dice que previo a ello, la conducta no es típica, pues dentro del riesgo no hay imprudencia, siendo innecesario recurrir a la imputación objetiva al constatare ausencia de un elemento típico previsto legalmente²³.

II. b) Falta de creación de riesgo o disminución del ya existente

Hay exclusión de la imputación porque jurídicamente esta conducta no está desaprobada²⁴.

Caso 1: Desviación del curso homicida que causa lesiones y evita la muerte²⁵;

Caso 2: El sobrino codicioso que manda al tío rico a pasear al bosque deseando que lo mate un rayo en medio de la tormenta.

II. c) Prohibición de regreso

Hay determinados comportamientos imprudentes que favorecen la comisión de delitos dolosos, pero en principio, no debe irse hacia atrás en búsqueda de conductas antecedentes de terceros respecto de la realizada por el agente.

Caso: A deja su pistola sobre mesa, B la toma y mata. Las soluciones son variadas: a) por posición de garante según el rol (Jakobs:); b) según tipo penal (Roxin); c) verificando la efectiva posibilidad de control y aplicando reglas de participación.

II. d) Curso causal hipotético o causalidad anticipada

²² Citado por ROXIN, Claus en "Finalidad e imputación...", p.p. 139/140

²³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "¿Qué es la imputación...?", p. 213.

²⁴ DONNA, Edgardo Alberto, "Teoría de la imputación objetiva...", p.p. 44/45.

²⁵ Ejemplo de Armin Kaufmann, citado por ROXIN, Claus en "Finalidad e imputación...", p.p. 136/137.

La producción de un resultado dañoso típico que de todas maneras iba a producirse es adelantada por la actuación del autor.

Caso: A se anticipa al accionar del verdugo, aprieta el botón y mata al condenado. Se dan dos posibilidades: a) se atribuye siempre²⁶; b) se niega la imputación, evaluando que de forma inevitable igual hubiera ocurrido el resultado.

II. e) Delimitación material temporal de la relación final

El deber de cuidado sólo sirve a la evitación de resultados dañosos en el tiempo y lugar de la acción evaluada.

Caso: Quien momentos previos había excedido la velocidad, pero había retomado la reglamentaria al tiempo del accidente de tránsito, no responde por el resultado dañoso, aunque causalmente haya estado en el lugar del accidente por haber acelerado previamente²⁷.

II. f) Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma

No se imputan objetivamente aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la atribución al autor. Es un criterio de interpretación teleológica del tipo. La inobservancia de la norma de cuidado ha incrementado el riesgo permitido generando un curso causal que sin embargo no debe imputarse por no resultar la finalidad que la norma de cuidado pretendía prevenir²⁸. Debe atenderse a la concreta normativa violada respecto de si ha sido o no construida para proporcionar protección contra conductas como la del autor²⁹.

Luzón Peña establece una verdadera identidad entre el fin de protección de la norma (prohibitiva directa o de cuidado) y la realización del peligro inherente a la acción. Es necesario

²⁶ En palabras de Roxin: "*la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)*", en "La imputación al tipo objetivo", & 11, párrafo 48, p.p. 368.

²⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado dañoso de un bien jurídico a la acción que infringe el deber de cuidado, en los delitos culposos de resultado", en *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 2, traducción de la 7ma. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson y supervisada por Edgardo Donna, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, & 43, párr. 97, p. 171.

²⁸ En palabras de Roxin "*donde el curso causal esté en un nexo perfectamente adecuado con el riesgo no permitido, aún quedará excluida la imputación del resultado si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección, sino sólo un reflejo de la protección del deber de cuidado*", en "La imputación al tipo objetivo", & 11; párrafo 70, p. 378.

²⁹ El Tribunal Supremo Español, en su sentencia de la Sala Primera del 17 de marzo de 1981 afirmó que "*no basta una relación causal adecuada, sino que hay que determinar en qué y por qué se ha infringido la norma por la conducta del agente, pues sólo serán antijurídicas aquellas condiciones que concurren a un resultado que infrinjan la finalidad protectora de la norma*". Citado por PANTALEON, Fernando, op. cit., p. 1581.

que el resultado concreto suponga justamente la *realización del peligro* inherente a la acción inicial, para lo cual tiene que haber una cierta probabilidad del resultado, que es el riesgo típico propio de tal acción, y que es el que la norma pretende evitar. Sólo estos son los "*riesgos calculables*", otros serían azarosos. Pone como ejemplo quien acuchilla para matar sin interesar órganos vitales en el apuñalamiento, sin embargo se produce la muerte porque la hoja del arma se hallaba envenenada³⁰.

En cambio, los autores BERDUGO GOMEZ de la TORRE; ARROYO ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVE, y SERRANO PIEDECASAS niegan la aplicación del criterio del fin protector de la norma para los delitos dolosos, los cuales se reconducen al criterio de creación o aumento del riesgo. Como se advierte, con esta posición sería imputable el resultado muerte causado con el cuchillo envenenado del ejemplo de Luzón Peña³¹.

Caso 1: Un tren que circula el domingo incumpliendo normas laborales de descanso semanal atropella una persona. Existe relación causal entre la circulación en ese día y hora y la muerte, pero la norma laboral de descanso semanal no fue elaborada en protección de la vida de terceros.

Caso 2: Un automovilista imprudentemente atropella a peatón, su acompañante sale corriendo aterrizada en búsqueda de ayuda y es atropellada y lesionada por otro vehículo que circulaba regularmente. Esta lesión no se imputa al primer autor pues el fin de protección de la norma no es evitar que los peatones salgan corriendo al asustarse. La conducta del acompañante es imprevisible y tal vez generador de un curso causal nuevo del que no tiene dominio alguno el primer conductor³².

II. g) Incremento del riesgo no permitido que no se realiza en el resultado

También llamado "*conducta alternativa a derecho*". Se niega la imputación cuando la conducta alternativa adecuada hubiera conducido igualmente al resultado dañoso³³. Es una decisión de política criminal fundada en tratar igual lo igual³⁴.

Esta situación genera varias dificultades cuando "*este cuestionamiento hipotético no admita cuestiones seguras*", en palabras de Schönke- Schröder- Cramer³⁵. Jurisprudencialmente se

³⁰ LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel, op. cit., pp. 382/384.

³¹ BERDUGO GOMEZ de la TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, op. cit., p. 172.

³² Esta es la postura de Roxin. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español en sentencia del 27/01/84 condenó al primer conductor de por homicidio y lesiones imprudentes ocasionadas al hijo y a la madre que salió en búsqueda de ayuda. En CARO, Carlos, "Imputación objetiva y autoría en los delitos imprudentes (A propósito de la STS del 27-01-84)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, p.p. 1/5.

³³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", op. cit., & 43, párr. 100, p. 172.

lo ha buscado a través de la fórmula de afirmar la evitación del resultado con una *"probabilidad rayana a la certeza"*. Hay mucha discusión doctrinal. Distintas posturas de Arthur Kaufmann, Gimbernat Ordeig, Welzel y Roxin reseñadas por Maurach³⁶.

Maurach descarta esta tesis debido a la imprecisión de afirmaciones hipotéticas y la vulneración del *in dubio pro reo*. Deberá atenderse si el perjuicio del bien jurídico producido representa según el juicio experto de un observador objetivo una realización de aquel peligro que ha sido creado con la infracción concreta del deber de cuidado, basándose en las máximas de experiencia. La cuestión se asemeja en mucho a la aplicación de la teoría del aumento del riesgo en tanto *"fuerte indicio"* para afirmar la existencia de la imputación objetiva³⁷.

Roxin en el mismo sentido, afirma la imputación objetiva atendiendo sólo a lo efectivamente acontecido. No debe introducirse análisis hipotéticos, si es que se ha elevado el riesgo de lesión y su plasmación en el resultado.

No se comparten estas posiciones. No se niega que el bien jurídico haya sido vulnerado, ni la creación de un peligro en infracción a norma concreta de cuidado. Se trata de avanzar un poco más y entender que si la conducta de acuerdo a la prescripción de la norma de cuidado igualmente hubiera producido el resultado dañoso, no tiene sentido atribuir penalmente esa conducta a su autor, pues el daño habría aparecido aún motivándose a derecho. Sostener la imputación en estos términos sería ingresar en un terreno de derecho netamente infraccional y cercano a la responsabilidad objetiva, pues el autor no puede evitar el resultado dañoso. Nuevamente aparece la propuesta que se rechaza, de reconducir los tipos objetivos de los tipos penales a conductas creadoras de riesgos.

Jescheck en cambio niega la imputación objetiva cuando el resultado igualmente se hubiera producido con la conducta prescrita por el derecho con una *"probabilidad rayana a la certeza"*³⁸.

Caso pelos de cabra: Pinceles de pelo de cabra que se entregaron a los trabajadores sin cumplir con las normas de desinfección. El bacilo que produjo las enfermedades en los trabajadores habría persistido aún de haber cumplido con las pautas de desinfección.

³⁴ LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel, op. cit., p. 385.

³⁵ Citado por MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, en "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 102, p. 173.

³⁶ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 103, p. 173.

³⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 105 y 106, p.p. 174/175.

a) Solución de Maurach: afirma la imputación objetiva pues la entrega del pincel no desinfectado y contaminado con bacilos nocivos a los trabajadores representa una infracción del deber de cuidado y constituye una causa imputable de la enfermedad con efectos mortales de los trabajadores, aún cuando no quepa excluir que éstos hubieran podido contraer la enfermedad no obstante la desinfección³⁹.

b) Solución de Roxin: propone la misma solución basado en el aumento de riesgo, aunque fuera reducido, pues no pudo comprobarse con certeza que de haberse realizado la desinfección igualmente las muertes se habrían producido⁴⁰.

II. h) Desviaciones en los cursos causales o peligros primarios y secundarios

El conocimiento del autor en la finalidad objetiva de la acción y su pretensión objetiva de realizar el tipo en tanto elección de los medios conducentes y su previsibilidad, encuentran su plasmación concreta al referirlos a las desviaciones en los cursos causales.

Si el curso causal real acaecido tiene un grado de desviación tal respecto del plan del autor que hubiera sido imprevisible, ese resultado no debe atribuirse a la conducta. El juicio de previsibilidad ex ante es independiente de la existencia del dolo en el autor. La desviación del curso imprevisible no se imputa pues falta la realización del peligro en el resultado.

Maurach entiende en relación de los segundos riesgos o peligros secundarios que cuando un tercero pone un segundo riesgo con el cual impide la realización del primer riesgo puesto por el autor, el resultado se atribuirá exclusivamente al tercero y no a quien creó el peligro original⁴¹.

³⁸ LOPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela, op. cit.; p. 62/63.

³⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 107, p. 175.

⁴⁰ Dice ROXIN "un fabricante, infringiendo los reglamentos, entrega material no desinfectado para su elaboración y a consecuencia de ello cuatro trabajadoras contraen una infección por bacilos de carbunco y mueren, esas muertes le son imputables al patrono incluso aunque la desinfección prescrita no hubiera constituido una garantía absoluta de destrucción de los bacilos. Porque el legislador, ciertamente, ha de ser el único en asumir el riesgo subsistente aunque se observen todas las prescripciones reglamentarias; si ese riesgo es demasiado elevado, sería asunto suyo prohibir totalmente que se empleen pelos de cabra procedentes del extranjero en la fabricación de pinceles; pero si alguien, despreciando todas las precauciones de seguridad, crea un riesgo que rebasa esencialmente ese límite de tolerancia, no se ve ninguna razón para que se viera libre de las consecuencias de su actuación sólo porque, aún guardando el comportamiento adecuado, hubiera subsistido un cierto riesgo muy reducido... Frente a esto hay que afirmar que la imputación del resultado sólo podrá quedar excluida si la conducta del autor no ha traído consigo un aumento del riesgo permitido"; en "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal", en *Problemas básicos de Derecho Penal*, traductor Diego. Manuel Luzón Peña, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, Madrid, 1976, p.p. 134/136

⁴¹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 95, p. 169

En este sentido, un curso causal que ha sido iniciado por un causante pero en el cual no se ha realizado un peligro creado por él (no es adecuado diría la vieja teoría de la adecuación) genera un resultado que no se puede imputar al autor.

En consonancia con lo anterior, también la víctima titular del bien jurídico actúa en este esquema como un tercero respecto del autor.

La "*previsibilidad*" resulta un juicio que debe valorarse ex ante de la acción desplegada y desde el saber empírico de la ciencia de ese momento⁴². Aunque pareciera redundante esta afirmación, no pocos problemas soluciona en los avances científicos con la introducción de nuevos conocimientos. Tal lo ocurrido en la década del '80 con las precauciones en el tratamiento de la sangre para transfusiones cuando se desconocía el HIV. Se actuaba de acuerdo al protocolo médico, lo cual en algún momento resultó insuficiente pero de acuerdo a las diligencias exigidas en consonancia con el conocimiento vigente de la ciencia. A raíz de ello se causó varios contagios de la enfermedad. Esas conductas médicas, si bien crearon un riesgo que se plasmó en contagio, ello resultaba imprevisible de acuerdo al estado de la ciencia.

Caso 1: A hiere para matar a B y B muere en accidente tránsito de la ambulancia que lo transportaba por la herida ocasionada por A. No se imputa, pues la muerte se produce por realización del peligro secundario⁴³.

Caso 2: A tira del puente para ahogar a B, y B muere por golpe en la cabeza durante la caída. Se imputa el resultado a la acción de A pues el golpe en la cabeza es realización del peligro inicial, previsible ex ante.

Caso 3: Se niega la imputación objetiva de la muerte del ciclista levemente lesionado que es tratado en el lugar del accidente, cuando la propia víctima rechaza la inyección antitetánica y muere a causa de una infección⁴⁴.

III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

III.a) Un fallo nacional

⁴² DONNA, Edgardo Alberto, "Teoría de la imputación objetiva...", p. 40.

⁴³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 95, p.p. 168/170.

⁴⁴ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado...", & 43, párr. 95, p. 169/170.

Fallo del Tribunal en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial Mar del Plata del 02 de marzo de 2001, "V. S. B. s/ homicidio culposo", Causa nº 397.

Hechos: La señora V. conducía un automóvil y realizó un intempestivo giro hacia su izquierda, comenzando a circular sobre la senda peatonal. El señor R. conducía una motocicleta en sentido contrario por la misma arteria y al llegar a esa intersección, evidentemente sorprendido por la maniobra del automóvil, no pudo evitar embestirlo lateralmente. La colisión se produjo sin que el motociclista llegara a accionar efectivamente sus frenos y a una velocidad probable y aproximada a los 60 km./h. Como consecuencia del choque el señor R., que no traía casco de protección, salió despedido de la moto hacia adelante, pasó por encima de la tapa de motor del automóvil, tras una trayectoria elíptica, cayó de cabeza sobre la avenida, produciendo un estallido craneal. La lesión cráneo- encefálica fue determinante de su muerte.

La sentencia, en voto mayoritario, con cita de Muñoz Conde, enumeró las tres condiciones que deben verificarse para que un resultado sea objetivamente imputable a una acción determinada: " 1) que, efectivamente, exista una relación causal entre acción y resultado; 2) que la acción suponga la creación de un riesgo no permitido (o el aumento de uno permitido), y 3) que el resultado esté ubicado dentro del ámbito de protección de la norma de cuidado infringida".

En búsqueda de la imputación objetiva del resultado a la conducta de la señora V. se dieron por acreditados los requisitos uno y dos. Se verificó la existencia de "una adecuada relación de causa- efecto entre la maniobra imprudente de la acusada (giro intempestivo) y el resultado (choque- lesiones- muerte)", así como indudable "que la acción imprudente creó un riesgo no permitido por la ley, toda vez que el Código de Tránsito prohíbe y sanciona a las maniobras intempestivas (arts. 59, inc. 2, y cc.)."

En cambio, no se dio por acreditada la concurrencia del tercer requisito respecto de la "la esfera de protección de la norma". Se excluyó la imputación objetiva de la muerte a la acción acusada por haberse probado en el juicio que "la colisión entre la motocicleta y el automóvil, así como su resultado, tuvieron su causa material en la concurrencia de dos acciones imprudentes, respectivamente desplegadas por acusada y víctima".

"La acusada, creando un riesgo prohibido, realizó una maniobra intempestiva, merced a la cual su automóvil se convirtió de improviso en un obstáculo para el avance de la motocicleta". El damnificado, por su parte, ingresaba a esa intersección a "una velocidad imprudentemente superior a la que la ley y las circunstancias imponían" de 60 km/h que "le im-

pedía al motociclista sino evitar obstáculos, al menos atenuar las consecuencias de una eventual colisión”.

“Pero no es la cuestión de la velocidad imprudente la que resulta decisiva para el caso, sino la imprudencia grave del motociclista en circular sin casco protector” (art. 64 inc. 2 del Código de Tránsito).

“De las pruebas producidas resulta innegable que, no obstante el choque, el señor R. no habría muerto de haber llevado puesto un casco adecuado”.

“El resultado, consecuencia causal de la creación de un riesgo prohibido por la Ley de Tránsito, que fue la maniobra intempestiva de la acusada, no resulta, en el caso concreto, jurídicamente imputable a su autora. La muerte del motociclista, no sus lesiones menores, se debió a su propia conducta imprudente de no llevar casco de seguridad no obstante su inexcusable obligación legal de hacerlo. Su omisión en tal sentido ha operado como una verdadera “concausa” extraña a la acción de la encausada, de quien, por añadidura, no se ha probado estuviera obligada, por la ley o las circunstancias, a prever su posible configuración. Así las cosas el resultado muerte queda, en este caso concreto, fuera del ámbito de protección normal de la norma de tránsito violentada por la conductora del automóvil⁴⁵. Se entendió que por no resultar imputable a la acusada el resultado fatal del hecho, debía responder limitadamente en orden a las lesiones remanentes. Se votó la condena en las lesiones, hallándolas incluidas en la acusación en tanto menor daño respecto del resultado muerte acusado.

La minoría analizó el caso desde una doble perspectiva, la de la causalidad natural y la de la imputación objetiva. Dijo que para la teoría de la equivalencia de las condiciones, la señora V. habría puesto una condición determinante para el resultado (muerte) y en

⁴⁵ Respecto de la constitucionalidad de la obligación de llevar casco protector, cita el fallo opinión de Germán Bidart Campos “cuando se dictaron las normas que obligaron al uso del cinturón de seguridad en los automóviles y del casco en las motocicletas, nuestra primera impresión nos llevó a pensar que esas normas sólo tendían a proteger la seguridad, la integridad o la vida de quienes utilizaban los respectivos vehículos y que, por eso mismo, interferían inconstitucionalmente en un rea reservada, donde cada uno se cuida a sí mismo si quiere hacerlo, o corre el riesgo de no preverse, en cuyo caso nos parecía que su desaprensión no incidía en derechos de los demás... Una reflexión más profunda cambió nuestra impresión primeriza; no es difícil comprender que, más allá de la protección del cuerpo propio, el uso del cinturón de seguridad y del casco son previsiones que, para el caso de un accidente, proyecta un efecto hacia terceros. En efecto, un tercero puede ser aquél que choca contra el automóvil o la moto en los que viajan personas sin el cinturón y sin el casco, a las que a lo mejor hay que indemnizarles un daño. Esta es una hipótesis, y hay otras, cuya eventualidad lleva a admitir que la responsabilidad civil y penal de todos esos terceros está en juego con alcance distinto según que el usuario haya estado o no unido de los elementos protectores de su cuerpo... Por ende, hemos arribado a la convicción de que no se trata de una reglamentación que ordene cuidarse a sí mismo y que imponga un deber en el

consecuencia debería responder por su producción. En cambio, desde una perspectiva diferenciadora entre condición y causa, difícilmente debía responder por el resultado muerte, pues si la víctima hubiera llevado el casco protector y hubiera conducido con prudencia, existirían elevadas posibilidades de evitarse el resultado. Se generó, al menos, una concreta situación de duda en relación al nexo causal o de imputación que media entre la concreta violación al deber de cuidado y el resultado acaecido, pues existió una concausa aportada por la propia víctima, quien no obstante el deber jurídico del uso de casco, omitió tal deber de cuidado.

Agregó que la víctima se colocó voluntariamente en situación de riesgo, incrementando el creado por la imputada con su maniobra antijurídica, y posibilitando así el acaecimiento del resultado. En este caso la víctima actuó no sólo a su propio riesgo, sino en contramano del ordenamiento jurídico que le exigía el uso de casco, no sólo atendiendo a su integridad física, sino también a razones de seguridad jurídica y en orden a la afectación de terceros. Tanto desde la perspectiva tradicional como desde la imputación objetiva, el caso genera dudas en relación a la concreta producción del resultado (muerte) por parte de la imputada, debiendo la misma dirimirse en su favor. Votó la absolución. No se avanzó respecto de las lesiones por principio de congruencia.

De la lectura de la reseña de este fallo se advierte que el voto mayoritario buscó correctamente como punto de partida establecer en primer lugar la relación causal en sentido empírico. La afirma entre la maniobra imprudente y el resultado, al que aludió como un tríptico formado por la secuencia *"choque- lesiones- muerte"*.

Una vez establecida la relación causal, valoró que la maniobra causante del resultado desplegada por la acusada era imprudente y que había creado un riesgo no permitido legalmente.

Luego afirmó que el resultado muerte tuvo como causa material la concurrencia entre el accionar imprudente de la autora y la propia víctima. Adviértase que la *"muerte"* aparece como una parcialidad del resultado que se había especificado como *"choque- lesiones- muerte"*.

A la víctima se le adjudicaron dos maniobras imprudentes. Una consistió en la velocidad excesiva para el caso que no fue valorada como decisiva para el desenlace fatal. Resultó innegable que *"no obstante el choque"* la víctima *"no habría muerto de haber llevado puesto un casco adecuado"*.

rea de las conductas autorreferentes, sino de una razonable exigencia que toma en consideración eventuales situaciones intersubjetivas en las que aparecen terceros" (El Derecho, periódico, 28-2-95, n° 8698, pag. 1).

El fallo es audaz, pues habiendo afirmado la maniobra imprudente desplegada por la actora, más la creación de un riesgo no permitido generador del resultado, avanzó en el terreno hipotético de lo que *"habría ocurrido"*. No se lo menciona en esos términos, pero evidentemente la referencia alude a la *"probabilidad rayana a la certeza"* de acontecimientos posibles no ocurridos. Se dijo que la muerte no habría ocurrido en caso de haber cumplido la víctima con sus propias normas de autoprotección.

La fórmula de la *"probabilidad rayana a la certeza"* de no ocurrencia de un hecho, se ha esbozado para evaluar la conducta del autor adecuada a derecho, con la cual se especula no se habría desencadenado el resultado que aparece como típico.

En el caso, por el contrario, la fórmula hipotética se utiliza partiendo de una conducta creadora de un riesgo prohibido que se materializa en un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero no se analiza que la conducta del autor ajustada a derecho (conducir con prudencia sin maniobras intempestivas) hubiera generado con una *"probabilidad rayana a la certeza"* que el resultado dañoso no ocurriera.

Aquí está lo novedoso de la resolución. Resulta innegable que la autopuesta en peligro de la propia víctima se vio materializada en el resultado. Pero lo mismo ocurrió con la maniobra imprudente de la conductora acusada. Se estableció que el resultado muerte había excedido la porción del riesgo creado por la acusada, y que la muerte fue concreción del riesgo puesto por la propia víctima en cuanto no portaba el casco de seguridad prescripto legalmente para la circulación en motocicleta. Se hizo una mención constitucional respecto de tal obligación legal y el principio de reserva.

Nótese que la exclusión de la imputación objetiva se realiza por exceder el resultado (muerte) el fin de protección de la norma de cuidado vulnerada por la actora. Se afirmó que la acusada no tenía obligación de prever la posible configuración del resultado muerte por falta de utilización del casco protector por parte del motociclista. No se imputa el resultado imprevisible.

Se había afirmado que existió relación de causalidad entre la maniobra imprudente y sorpresiva desplegada por la conductora, que había generado un aumento no permitido del riesgo, y que se había proyectado en el resultado. Luego de esta aseveración, aún se sostuvo que la muerte del motociclista no estaba dentro de la esfera de protección de la norma de cuidado vulnerada por la acusada. En rigor de verdad, parece poco sostenible que la prohibición de maniobras intempestivas e imprudentes en el tránsito automotor no estén destinadas a evitar daños a la vida y salud de los transeúntes y otros conductores. Esto es innegable y el fallo no lo cuestiona. Pues parece ir más

allá en el entendimiento de que la muerte del motociclista en las condiciones fácticas en que se dio, provino de la desatención de la norma de cuidado de portar casco de protección y su exclusivo ámbito de protección de la salud y vida humana de motociclistas en general. Esta esfera de la norma es la que excede la acción imprudente de la conductora acusada.

En armonía con este argumento, luego se explicita que no puede imputarse a una maniobra imprudente previa la falta de autoprotección en la víctima que aumenta o crea un riesgo para su integridad física omitiendo el uso en su cabeza del casco de seguridad prescripto para circular en motocicleta por la vía pública.

En este sentido rescato como muy positivo de la resolución la no utilización del baremo de aumento de riesgo prohibido (que existió en la conductora acusada) como *"fuerte indicio"* fundante de la atribución del resultado. Tampoco se cayó en la tentación de utilizar teorías causales amplias. Se podría haber afirmado la imputación en base al método hipotético de la teoría de la condición o de la causa eficiente, pues la acción de la acusada cumplía con las exigencias del tipo objetivo imprudente. Sin embargo a través de la teoría de la imputación se llegó a una decisión más restringida de atribución, evitando caer en el ámbito de la *versari in re illicita*.

Por su lado, el voto minoritario encontró dudas, debidamente valoradas favor rei, respecto de la relación causal entre la acción de la conductora V. y el resultado muerte acaecido. Especuló hipotéticamente con lo que habría ocurrido de haber ajustado la víctima motociclista su conducta a derecho (conducir con precaución y llevar colocado casco protector). A ello contestó que existían *elevadas posibilidades de evitarse el resultado*, lo que generó la duda referida respecto de la existencia del nexo causal o de imputación. Aquí parece emplear ambas circunstancias como sinónimos, en lo que estimo confundió planos empíricos y normativos.

Al igual que el voto mayoritario, entendió que la autopuesta en peligro de la víctima incrementó el riesgo que ya había creado la acusada con su maniobra antijurídica, y este incremento por sobre el accionar de la conductora del automotor fue el que se vio plasmado en el resultado muerte. Sólo disiento en cuanto afirma que no se halla probado (o existan dudas) la existencia del nexo causal entre la conducta de la acusada y el resultado muerte del motociclista.

El fallo absuelve a la conductora del automóvil por la muerte del motociclista.

III.b) Un fallo español

Fallo del Tribunal Supremo Español (STS) del 19 de mayo de 1994, P. García An-

COS.

Hechos: J. apuñala a su hermano A. con la intención de matarlo, produciéndole dos importantes lesiones. Es llevado al hospital, donde le curan sólo una lesión, pues la otra no fue advertida por los médicos. A. abandona el hospital sin el alta. Vuelve con una complicación en la herida que le habían tratado, y continúan sin advertir la segunda, que es la que provoca su muerte. Se condenó a J. por homicidio de su hermano A., pues la conducta posterior de los médicos no puso un nuevo riesgo que desplazara el riesgo inicial, sino que la omisión médica no evitó que el primer riesgo se realizara. En el mismo sentido la conducta de la víctima y su autopuesta en peligro, que sigue sin sustituir el riesgo inicial.

El Tribunal Supremo Español para resolver toma dos planos de análisis: el nivel ontológico de la causalidad y el normativo de la relación de riesgo e imputación objetiva. En el primer plano no hay inconveniente en afirmar la causalidad homicida. En el segundo deben resolverse dos tópicos: si hubo creación de un riesgo relevante no aprobado y si ese riesgo se plasmó en el resultado.

El fallo sostiene que la conducta posterior de un tercero no puede cambiar la calificación jurídica de homicidio inicial, como máximo podría evitar su consumación. Se afirma que si el nuevo riesgo sólo se proyecta parcialmente en el resultado, el que actuó en primer término responderá por el resultado al que ha contribuido tanto él como la propia víctima, aunque a ésta no se le impute por ser impune⁴⁶.

Esta solución reconoce que la propia víctima contribuyó activamente en la causación del resultado, pero no sustituyó totalmente el riesgo puesto por el primer agente. Se admite que hay un segundo riesgo que se agrega al inicial y se proyecta en el resultado. Sin embargo el resultado se sigue atribuyendo en toda su magnitud a la acción inicial.

El STS sostiene que el curso causal inicial puesto por el agente es el que se ha realizado en el resultado. Sin desmedro que en el caso hubo actuación posterior de terceros (médicos) llamados a evitar el resultado que habría de desencadenarse según la primer actuación. Los médicos pusieron una actuación negligente, pues su actividad consistía en atemperar o disminuir el

⁴⁶ BOLEA BARDON, Carolina "Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros (A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994. P. García Ancos)" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Sección de Jurisprudencia dirigida por Santiago Mir Puig, Tomo XLVII, Fascículo III, Septiembre/Diciembre MCMXCIV, p. 387.

riesgo a la salud que traía el hermano apuñalado. No cumplieron con su posición de barrera. Además la propia víctima, a su riesgo, se fue del hospital sin el alta correspondiente.

Son muchas las hipótesis que se podrían hilvanar para el caso de la actuación posterior de terceros (aquí médicos y víctima). El Tribunal Supremo Español no entra en ellas, permaneciendo en un plano más bien empírico del curso causal iniciado por el hermano homicida, que no fue detenido por las acciones posteriores de médicos y víctima, que en ningún momento desplazaron el curso causal inicial puesto por autor. El fallo debe admitir que la proyección de ese curso en el resultado es al menos parcial, con el implícito reconocimiento que los terceros y víctima también proyectaron sus conductas en el resultado muerte sin consecuencias jurídicopenales para ellos.

En este punto me interesa realizar el cotejo con el fallo marplatense. En aquel se había afirmado que la conducta de la acusada era creadora de riesgo prohibido y que causalmente había producido el resultado. Sin embargo respecto de su proyección en el resultado final, se la tuvo en su mínima expresión. No se atribuyó la muerte sino las lesiones menores.

Por el contrario el Tribunal Supremo Español ante similar disyuntiva, argumentando que las conductas posteriores no desplazaron el riesgo inicial, atribuye en su total magnitud el resultado muerte al hermano A., aún afirmando que aquella acción solo se proyecta parcialmente en el resultado.

CONCLUSIONES

La Teoría de la Imputación Objetiva constituye un instrumento normativo de utilidad para estrechar el marco de imputación de resultados al tipo penal objetivo. Se cierra el paso desde el tipo objetivo a cualquier forma de *versari in re illicita*.

La relación causal entre una conducta humana y un resultado que aparece prima facie como típico es un antecedente excluyente cuya existencia debe constatarse en forma ineludible previo a ingresar en el ámbito de la imputación objetiva. Luego sobreviene la imputación objetiva como herramienta reductora de la causalidad material.

La creación de riesgo para el bien jurídico no debe ser indicio de imputación del resultado. El peligro de un mal uso de la teoría de la imputación objetiva está en utilizar la moderna noción de riesgo como antes se hacía con la relación causal material, reconduciendo resultados al infinito y extrayendo atribuciones normativas del plano ontológico. En este sentido es abusivo que con la prueba de un riesgo (tal como ocurría con la causalidad) se afirme la atribución penal del resultado. Debe diferenciarse en la faz subjetiva del autor el dolo de riesgo del dolo de lesión.

El resultado imprevisible no se imputa pues se ingresaría en el ámbito de la responsabilidad objetiva y la irracionalidad de atribuir lo desconocido.

Bajo estas premisas no se atribuye resultado proveniente del riesgo permitido; ni de la disminución o falta de creación del riesgo prohibido; ni los que no fueron cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado o prohibición, ni cuando el incremento del riesgo no permitido no es el que se realiza en el resultado; ni cuando se excede material y temporalmente la relación final; ni las desviaciones del curso causal primario que en principio no tengan proyección en el resultado; ni el resultado puesto por un curso causal que impidió se concretara el primero. La imputación también se limita con la prohibición de regreso.

En concordancia con lo dicho hasta aquí, voy a defender la Teoría de la Imputación objetiva por entender que implica un eficaz elemento reductor de la actuación del derecho penal. Se ha visto en el fallo citado de Mar del Plata, cómo esta teoría puede utilizarse sin sustituir causa material por creación del riesgo. Aún más, el fuerte indicio que implica la creación del riesgo puede desecharse y resolverse en contra de la atribución del resultado a la conducta del autor.

La importancia de contar en Derecho Penal con herramientas reductoras se fundamenta en que esta rama del derecho debe ceñirse a su mínima expresión por resultar la forma de actuación más violenta del Estado. Así, a un estado democrático de derecho, con plena vigencia de

los art. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en tanto derecho de acto y principio de reserva, corresponde un derecho penal de última ratio y "*mínima irracionalidad*"⁴⁷.

La importancia del carácter mínimo y fragmentario, en cita de Bustos Ramírez, está dada porque "*la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia*"⁴⁸.

En definitiva, ¿para qué sirve la imputación objetiva? En palabras de Gimbernat Ordeig, para explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante de un resultado típico, a veces, tampoco es típico. Y no es poca cosa⁴⁹.

Necochea, mayo de 2006.

⁴⁷ En palabras de ZAFFARONI, en *Derecho Penal. Parte General*, con colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, p.p. 66, 119 y 884.

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1984, p. 49.

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "*¿Qué es la imputación...?*", p. 214.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, "La imputación objetiva del resultado", en *Lecciones de Derecho Penal*, BERDUGO GOMEZ de la TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona, 1996, se toma 2ª edición de octubre 1999, pp. 161/175.

BACIGALUPO, Enrique, "El tipo objetivo. La teoría de la imputación objetiva", en *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1974, se consulta tercera edición renovada y ampliada de 1994, p.p. 76/80.

BOLEA BARDON, Carolina, "Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros (A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994. P. García Ancos)" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Sección de Jurisprudencia dirigida por Santiago Mir Puig, Tomo XLVII, Fascículo III, Septiembre/Diciembre MCMXCIV, p.p. 375/394.

BURKHARDT, Björn, "Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento ex ante. Contribución a la crítica contra la "confusión entre lo subjetivo y lo objetivo"", en AAVV, *CUADERNOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL*, año VII, Número 11, 2001, dirigido por Esteban Righi, subdirector Gustavo A. Bruzzone, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, p.p. 151/198.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, Barcelona, 1984.

CARO, Carlos, "Imputación objetiva y autoría en los delitos imprudentes (A propósito de la STS del 27-01-84)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, pp. 1/5

DONNA, Edgardo Alberto, "Teoría de la imputación objetiva. El riesgo permitido" en *Teoría del Delito y de la pena. Tomo 2, Imputación delictiva*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p.p. 37/47.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Qué es la imputación objetiva?", publicado en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 167/185 y en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Colombia, 1988, pp. 77/87. Sin embargo, se toma una publicación distinta cuyo origen se ignora, en pp. 209/217.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Nuestra posición ante el problema causal. La teoría de la reprochabilidad objetiva" en *DELITOS CUALIFICADO POR EL RESULTADO Y CAUSALIDAD Colección Pensamiento Jurídico*; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid; primera edición 1966, se consulta edición de 1990; p.p. 105/111.

GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales", en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Jornadas Hispano- Alemanas. Universidad Complutense. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p.p. 91/101

LOPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela, *Teoría de la imputación objetiva en el derecho penal actual*, Orden Jurídico Penal, año 1/ 9/ 1999, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel, "Parte objetiva del tipo en delitos de resultado: causalidad e imputación objetiva", en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 357/388.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, "Causalidad e imputación objetiva", en *Derecho Penal, Parte General*, , Tomo 2, traducción de la 7ma. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson y supervisada por Edgardo Donna Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p.p. 317/329.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, "La imputación objetiva del resultado dañoso de un bien jurídico a la acción que infringe el deber de cuidado, en los delitos culposos de resultado", en *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 2, traducción de la 7ma. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson y supervisada por Edgardo Donna, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p.p. 163/176

MIR PUIG, Santiago, "La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva", en *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*, 5ª edición, Editorial Reppertor S.L.; Barcelona, año de la primera edición 1984, cuarta edición corregida y puesta al día con arreglo al código de 1995 de 1996, se consulta la 2ª reimpresión de julio 1999 de la 5ª edición de 1998, p.p. 213/237.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, "Acción y Resultado", en *Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia; 1993, se consulta la 2ª edición de mayo de 1996; p.p. 257/268.

PANTALEON, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, p.p. 1561/1591.

ROXIN, Claus, "Finalidad e imputación objetiva", en el año 2001 estaba en prensa en *Gedachnisschrift für Armin Kaufmann*. Traducción española por Enrique Casas Barquero, Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Córdoba, España, p.p. 131/146.

ROXIN, Claus, "La imputación al tipo objetivo", en *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, p.p. 342/411.

ROXIN, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal", en *Problemas básicos de Derecho Penal*, traductor Diego. Manuel Luzón Peña, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, Madrid, 1976, p.p. 128/148.

SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, "Imputación objetiva", conferencia brindada en el marco del *Master Universitario de Derecho Penal* dictado por la Universidad de Salamanca, en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, los días 23 al 26 de mayo del año 2001, sin publicar.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, con colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.