



Revista

ISSN 2007-4700

Perennial

MÉXICO

Número 14 • 15

Marzo de 2018 • febrero de 2019

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal.*

Patricia Esquinas Valverde

Profesora titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

RESUMEN: El principio de responsabilidad subjetiva, consagrado en los artículos 5, 10 y 14 del Código Penal español, supone la imposibilidad de castigar penalmente a un sujeto por una conducta o resultado lesivo que no haya realizado con dolo o por imprudencia. En la actualidad, dicho principio ha de ser reinterpretado a la luz de la teoría de la imputación objetiva y los requisitos que esta exige a la hora de imputar un comportamiento o resultado lesivo a un sujeto. En concreto, esa exigencia tradicional de dolo o imprudencia viene a resolverse ahora a través del cuestionamiento sobre si el sujeto concreto "ha creado un riesgo desaprobado y penalmente relevante", como primer requisito de la teoría de la imputación. De ese modo, aquellos casos en los que no pueda apreciarse dolo ni imprudencia constituirán, en verdad, ejemplos en los que no exista ni tan siquiera la creación de un riesgo desaprobado, de modo que la conducta ya no será típica, ni subjetiva ni objetivamente. Por consiguiente, afirmamos el carácter normativo, más que "objetivo" o "subjetivo", de la imputación al tipo, y al mismo tiempo, abandonando esa artificial distinción, proponemos un nuevo esquema de la tipicidad con una mayor economía en el número de niveles de análisis del delito.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad subjetiva, teoría de la imputación objetiva, creación de un riesgo desaprobado, objetivo/subjetivo, tipicidad.

ABSTRACT: The principle of subjective liability, as it is recognized in the articles 5, 10, and 14 of the Spanish Criminal Code, assumes the impossibility of criminally punish a subject for a conduct or an adverse effect that was not committed with intent nor imprudence. Nowadays, this principle must be reinterpreted in the light of the objective imputation theory, and from the requirements that it demands at the time of imputing a conduct of an adverse effect to a subject. Concretely, this traditional condition of intent or imprudence must now be resolved by questioning whenever the concrete subject "has created a criminal relevant and disapproved risk" as the first requirement of the imputation theory. Taking this into account, the cases in which it cannot be noticed intent nor imprudence will indeed constitute examples where not even the creation of disapproved risk exists, in a way in which the conduct will not be typical, nor subjectively nor objectively. Therefore, we affirm the normative status, more than "objective" or "subjective", of the imputation type, and at the same time, abandoning this artificial distinction, we propose a new scheme about the typicity with a major economy in the number of levels at the analysis of the crime.

KEYWORDS: Subjective responsibility, theory of objective imputation, creation of a disapproved risk, objective/subjective, typicity.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

SUMARIO: 1. El significado clásico del principio de responsabilidad subjetiva. Su plasmación en el Código Penal de 1995. 2. Cómo se resuelven los casos fortuitos a la luz de la teoría de la imputación objetiva del resultado a la acción (Roxin). 3. La introducción de elementos subjetivos en la valoración acerca del nivel del riesgo y la previsibilidad del resultado. 4. Por qué la teoría de la imputación objetiva es más bien de la imputación “normativa”, y la distinción entre “el tipo objetivo” y “el tipo subjetivo” ya no resulta útil en los delitos imprudentes ni en los dolosos; 4.1. ¿Se puede seguir hablando de imputación objetiva cuando esta se basa, decididamente, en aspectos subjetivos del autor? 4.1.1. Réplica de Frisch y de Roxin; 4.1.2. Respuesta a la pregunta a); 4.2. Con la teoría de la imputación objetiva, ¿no se habrá superado, en verdad, la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, que pasaría a ser superflua? 4.2.1. Respuesta a la pregunta b); 4.3. Si la imputación llamada objetiva incluye ya el análisis del dolo y de la imprudencia, ¿qué sentido tiene superponer o repetir ambos pasos en el examen del delito? ¿Debemos prescindir de la imputación objetiva o, más bien, del análisis del dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo? 4.3.1. Por qué la teoría de la imputación objetiva se ha aplicado menos en relación a delitos dolosos (Frisch); 4.3.2. Postura más radical de Kaufmann: en los delitos dolosos, la teoría de la imputación objetiva es superflua; 4.3.3. Postura de Puppe: la imputación subjetiva contiene la imputación del resultado al dolo; 4.3.4. Reacción de Frisch a las críticas hacia “la creación de un riesgo desaprobado”; 4.3.5. Postura de Kindhäuser: en todos los delitos, tanto dolosos como imprudentes, la teoría de la imputación basada en el juicio de un espectador objetivo es disfuncional; 4.3.6. Punto de vista de Burkhardt (y de Kindhäuser): el criterio del espectador objetivo y su juicio acerca del peligro es prescindible y contrario al principio de economía en el análisis del delito; 4.3.7. Respuesta a la pregunta c); 4.4. ¿Para qué seguir manteniendo la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, si su eficacia garantista queda suplida ahora mediante el análisis de la imputación normativa (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad? 5. Propuesta para una nueva estructura de la tipicidad.

Rec: 25/05/2018 | Fav: 15/07/2018

1. El significado clásico del principio de responsabilidad subjetiva. Su plasmación en el Código Penal de 1995

El principio de responsabilidad subjetiva o “de dolo o culpa”, clásicamente vinculado al principio de culpabilidad entendido en sentido amplio y como límite al *ius puniendi* estatal,¹ supone la imposibilidad, en un

Estado de derecho, de responsabilizar por su acción o por el resultado producido a partir de ella a aquel individuo que haya ocasionado una u otro sin vínculo subjetivo alguno con tal acción o resultado.² Dicho vínculo subjetivo, en efecto, puede consistir en dolo (conocimiento y previsión de la acción y, en su caso, del resultado) o en imprudencia (previsibilidad y evitabilidad para el sujeto de la acción o del resultado). De

¹ Vid. Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, 10ª ed., 2015, pp. 135 a 137, marginales 64 y 70; también lo identifica como “principio de culpabilidad” Gimbernat Ordeig, E., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, ADPCP, n° 63, 2010, pp. 15 a 94 (54). Muy crítica con respecto a esta interpretación vid. Maqueda Abreu, M.L., “El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del CP de 25 de junio de 1983”, Cuadernos de Política Criminal, n° 31, 1987, pp. 185 a 261 (187 y 188): a su juicio, es cierto que tradicionalmente el dolo y la culpa han servido de sustento a la categoría dogmática de la culpabilidad y que, bajo esa concepción, su proclamación legal como fundamento necesario de la pena (así, en el actual art. 5 CP), representa una garantía de la vigencia de ese principio clásico de la culpabilidad, en su calidad de límite al *ius puniendi* estatal. Sin embargo, sigue Maqueda, una vez que consideramos el dolo y la culpa como formas del injusto típico, “su reclamo nada tendrá que ver con criterio culpabilístico alguno”, salvo que “se quiera ampliar desmesurada e impropriadamente el alcance del principio de culpabilidad”, por ejemplo “diferenciando ficticiamente en su seno un significado político criminal que abarcaría aquellas consecuencias, y que nada tendría que ver, en cuanto a su contenido, con el concepto estrictamente jurídico-penal del mismo”. En nuestra opinión, sin embargo, ambos significados del principio de culpabilidad son compatibles.

² Por todos, Ramos Tapia, I., “Límites al poder punitivo del Estado (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, VVAA, dir. por Zugaldía Espinar, J.M., Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015, pp. 51 y 52.

ese modo, el vínculo necesario no existirá cuando el individuo en cuestión haya producido una acción o un resultado lesivo para un bien jurídico de un modo absolutamente desconocido, imprevisto e imprevisible y, por tanto, inevitable para él (llamamos a esta circunstancia también *error invencible de tipo o sobre los hechos*). En esas situaciones nos encontraremos ante los denominados “*casos fortuitos*” — a los que también podemos definir como “*casos causales casuales*”—: a saber, se trata en general de aquellos acontecimientos debidos al azar o casualidad, a una fuerza mayor e incontrolable para el sujeto activo, a fenómenos naturales, a una constitución o comportamiento anormal de la víctima, etc.

En los tratados de derecho penal, podemos encontrar numerosos ejemplos de dichos “*casos fortuitos*”: así, citemos el supuesto del individuo que, con un coche recién comprado pero cuyos frenos, imprevisiblemente para él, no funcionan a causa de un defecto de fábrica, se precipita con el coche en marcha inevitablemente hacia la víctima (caso “*frenos averiados*”);³ o bien el caso de aquel que, queriendo inocentemente

gastar una broma a un amigo en medio de una fiesta y desconociendo que este padece una insuficiencia cardíaca, le empuja por sorpresa a una piscina causándole la muerte por la impresión del contacto con el agua (caso “*piscina*”).⁴ En estos y otros supuestos similares, pues, a los sujetos que aparentemente *han producido* mediante su acción el resultado lesivo no podrá exigírseles responsabilidad penal alguna, ya sea por lesiones o por homicidio doloso o imprudente, dado que no han actuado ni con dolo ni por imprudencia, siéndoles totalmente imprevisibles e inevitables tanto el peligro en realidad asociado a sus acciones como el curso causal que finalmente se derivó de las mismas.

Una plasmación legal de este principio de responsabilidad subjetiva y de prohibición de responsabilidad objetiva en Derecho Penal la hallamos en los artículos 5 (“*No hay pena sin dolo o imprudencia*”), 10 (“*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*”) y 14.1 del Código Penal (“*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal*”).⁵

³ Extraído de Zugaldía Espinar, J.M. (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, VVAA, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010, p. 101, así como de Ramos Tapia, “*Límites...*”, cit. (1ª ed., 2015), p. 51. Mucho antes también Kaufmann sugirió este ejemplo en, <*Objektive Zurechnung*> *beim Vorsatzdelikt?*”, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1985, pp. 251 y ss. (266). Asimismo, propone Burkhardt, B., “*Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la <confusión entre lo subjetivo y lo objetivo>*” (traducción de Pastor Muñoz, N.), en *El sistema integral del Derecho penal*, VVAA. (editado por Wolter, J. y Freund, G.), 2004, pp. 153 a 192 (180) el parecido “caso de la marta”, inspirado en una sentencia del BGH de 1996: sujeto que se sube a su automóvil para ir al trabajo y, tras recorrer 150 m. a velocidad moderada, llega a un “ceda el paso”, intenta frenar y constata horrorizado que los frenos no funcionan, atropellando así al conductor de un ciclomotor; ello sucede porque, sin saberlo el sujeto, la noche anterior una marta había mordido el manguito del freno que iba hasta la rueda trasera izquierda. Por otro lado, es preciso distinguir entre estos casos de curso y resultado imprevisible y aquellos otros supuestos en los que, más que ante un desarrollo fortuito, nos encontremos realmente ante una *ausencia de acción penal* en la conducta del sujeto. Así ocurrirá, v.gr., cuando esa fuerza natural o factor imprevisto por el individuo concreto que intervenga en el curso de sus hechos y lo lleve a provocar un resultado lesivo para un tercero resulte de tal entidad que anule en dicho sujeto toda posibilidad de ejercer una acción voluntaria y consciente (libre): por ejemplo, cuando el individuo se vea compelido a realizar un movimiento corporal por una fuerza mecánica (ej., un tranvía que lo empuje), animal (ej., una fiera que se abalance sobre él) o natural (ej., un rayo, una ola que lo derriben) que le hayan impedido materialmente dominar su propia conducta, de forma que no pueda decirse que su acción resulte *humana ni evitable*. Bajo tales premisas, por tanto, el comportamiento del sujeto quedará igualmente fuera del marco de la tipicidad penal, si bien por razones distintas y anteriores, en el análisis del delito, a las que explican los llamados “*casos fortuitos*”. Sobre ello, *vid.* por todos *Esquinas Valverde*, P., “*Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)*”, en *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., VVAA (dir. por Zugaldía Espinar), 2ª ed., 2015, pp. 94 y ss.

⁴ Extraído de Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., p. 101. Otros ejemplos posibles serían: 1) A comunica a su amigo B el fallecimiento por accidente de un familiar cercano de B, causando a este último la muerte por infarto como consecuencia de activarse una debilidad cardíaca no detectada (caso “*infarto por noticia*”); 2) el joven A, con la intención de prevenir un embarazo no deseado, pide a su novia B en el primer encuentro sexual de ambos que tolere el uso de preservativo, causando de esa forma a la chica una afección dérmica en su órgano genital, pues esta padecía sin saberlo una alergia aguda al látex (caso “*intolerancia al látex*”), etc.

⁵ *Vid.* asimismo Maqueda Abreu, “*El principio de responsabilidad subjetiva...*”, cit., p. 235, sobre el tratamiento del *caso fortuito* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del CP de 1983, la cual eliminó del art. 6 bis b) CPTR73 (antiguo art. 8.8) el requisito de que, para eximir de responsabilidad a un sujeto por un resultado causado fortuitamente, dicho resultado procediera de una acción inicial *lícita*. Bajo la regulación anterior a 1983, en efecto, respondía penalmente el que ocasionaba un resultado fortuito a partir de un curso causal iniciado doloso o negligentemente (*vid. infra*, nota 9). Pues bien, eliminado tal elemento de responsabilidad objetiva, el TS pasó a considerar el caso fortuito bien como una “*causa de inculpabilidad*” o bien, en una postura más avanzada y preferible (a juicio de *Maqueda* y también a nuestro juicio), como “*ausencia de injusto típico*”. Sin embargo, criticaba *Maqueda* (en 1987) que todavía se mantuviera en ese precepto un elemento de “*des-subjetivización*”, y era la exigencia de que dicho resultado fortuito se produjera, además de sin dolo ni culpa, “*por mero accidente*”, es decir, sin previsibilidad posible no solo para el sujeto concreto sino, en general, para cualquier

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

2. Cómo se resuelven los casos fortuitos a la luz de la teoría de la imputación objetiva del resultado a la acción (Roxin)

Una vez constatada la vigencia doctrinal y, como vemos, también expresamente legal de dicho principio, en la actualidad conviene interpretar el mismo de manera acorde con la teoría de la imputación objetiva (o “principio del riesgo”) formulada por Claus Roxin y desarrollada por muchos otros autores posteriormente. Se trata de un planteamiento que, desde hace más de 5 décadas, se ha introducido y asentado en el estudio de la tipicidad penal con la finalidad de explicar algunos de sus elementos más importantes (como son el tipo objetivo, la imputación de la acción peligrosa y el resultado al tipo, la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes, etc.). De acuerdo con dicha teoría en su expresión más esencial, son necesarios tres requisitos a efecto de imputar un resultado de lesión del bien jurídico (o del objeto material, en su caso) a la acción (u omisión) de un sujeto:

- 1) Que dicha acción haya *creado un riesgo jurídica y socialmente desaprobado, típicamente relevante* (en palabras de Roxin, “un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido”).⁶ Este peligro tiene que haber sido previsible y evitable para un hipotético observador objetivo que hubiera podido valorar la situación *ex ante* (con carácter inmediatamente previo a esa acción) y en la misma posición del autor.
- 2) Que haya sido precisamente *tal riesgo el que se haya materializado en el resultado de lesión y*

no cualquier otro peligro concurrente en la situación e introducido por el azar, la víctima o un tercero.

- 3) Que *ese resultado* producido sea uno de los que el tipo penal infringido pretendía evitar, que quede *incluido dentro del “alcance del tipo”*.

A efectos de vincular esta teoría de la imputación objetiva con el principio de responsabilidad subjetiva, es especialmente el primer requisito de aquella (a saber, “la creación de un riesgo desaprobado”) el que resulta clave, como trataremos de explicar a continuación.

Comenzaremos indicando que, con objeto de valorar si en el caso concreto se ha creado ese riesgo desaprobado, la teoría de la imputación objetiva se apoya en otra fórmula científica surgida con anterioridad a ella en la historia de la dogmática sobre el tipo: se trata de la teoría *de la adecuación*.⁷ Según dicha teoría, para saber si una acción ha ocasionado un riesgo superior al jurídicamente tolerado habrá que evaluar la peligrosidad *ex ante* y objetiva de tal acción, es decir, el grado en que esta es arriesgada o aumenta el peligro de lesión para el bien jurídico. Para ello ha de tenerse en cuenta lo que estimaría un espectador objetivo y prudente en el mismo momento de ejecución de la conducta, considerando también los *conocimientos específicos de la situación de los que dispusiera el autor concreto* al actuar. Se trata, por tanto, de un *pronóstico objetivo-posterior*: el juez ha de colocarse durante el proceso penal (tiempo posterior) “en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de

otra persona con una capacidad psíquica normal (imprevisibilidad *objetiva*), de acuerdo con la interpretación que de ello hacía el TS. A saber, exigía el Alto Tribunal que el sujeto concreto hubiera subestimado las posibilidades de causar el resultado debido a que, *normalmente*, esa acción realizada *no ofreciera la adecuada idoneidad generadora del resultado ocasionalmente producido*; en ese sentido, el resultado tenía que haber sido un *elemento fáctico estadísticamente anormal o, por lo menos, extraordinario, sin conexión lógica con la conducta desarrollada*. Para Maqueda (y para nosotros) esta interpretación es completamente rechazable, pues permitiría erróneamente dejar fuera del “caso fortuito” y castigar aquellos supuestos de imprevisibilidad subjetiva que si fueran, en cambio, objetivamente previsible. Y con ello, entiende esta autora, también se estaría considerando equivocadamente el caso fortuito como una causa de ausencia de culpabilidad o de ausencia de imputación objetiva, cuando, en cambio, solo se trataría de la negación del dolo y de la culpa. Por nuestra parte, de todas formas y como expondremos a continuación, si consideramos que el caso fortuito supone la negación precisamente de la imputación objetiva (y del dolo y la culpa), aunque, al igual que Maqueda, rechazamos el criterio de la imprevisibilidad objetiva como requisito indispensable de dicho caso fortuito. En concreto, entendemos expresamente que la imputación “objetiva” no debe basarse en la previsibilidad objetiva del resultado, sino en la subjetiva.

⁶ Cfr: Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997, § 11. *La imputación al tipo objetivo*, p. 363 (marginales 38 y 39).

⁷ Cfr: Roxin, *ibidem*, p. 360 (marginal 32). Este autor señala que el principio de adecuación es un elemento estructural importante dentro de la teoría general de la imputación, de la que forma parte (marginal 34).

un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y, además, del saber especial del autor”.⁸

De ese modo, cuando según tal perspectiva *ex ante* la conducta en cuestión *no* pareciera *adecuada* para producir el resultado, de modo que el devenir de este fuera totalmente imprevisible, *dicho resultado no* podría *imputarse* a la *acción* del autor. Es lo que sucedería si concurrían en la situación causas preexistentes o sobrevenidas que resultaran desconocidas e imprevisibles para el sujeto (como una constitución anormal de la víctima,⁹ un defecto de fabricación de un objeto, un comportamiento sorpresivo por parte de la víctima o un tercero, un fenómeno natural, etc.). Así pues, se observa cómo ese *principio de adecuación* y, por medio de él, el primer requisito de la imputación objetiva (es decir, la exigencia de que se haya creado un peligro superior al riesgo permitido) sirve para desestimar como irrelevantes de cara a la imputación del resultado aquellos supuestos que se presenten como casos fortuitos, debidos al azar, la casualidad o, en general, a circunstancias absolutamente imprevisibles e inevitables para quien actúa, de manera que en ellos queda excluida la presencia de dolo o imprudencia en quien “produce” tal resultado. En efecto, en estos casos se considerará que el autor creó un peligro

no superior al riesgo permitido, un peligro inferior al riesgo prohibido.

A continuación, trataremos de ilustrar esta argumentación de la mano de un ejemplo propuesto por Kindhäuser:¹⁰

A está conduciendo por una vía rápida dentro de la velocidad máxima tolerada (80 km/h) cuando, de forma totalmente imprevisible para él, un niño se arroja a las ruedas de su coche y resulta atropellado por la marcha del vehículo. Se determina que, de haber ido A conduciendo a 20 km/h en lugar de a los 80 km/h que le estaban permitidos, hubiera podido frenar y evitar el accidente. Yendo a esa velocidad más reducida, el conductor habría procurado tener una capacidad de acción más alta en la situación dada, ya que, según demuestra la experiencia, es posible que se produzca un comportamiento así por parte de los peatones (a saber, tirarse a la calzada sin precaución). Sin embargo, afirma Kindhäuser, jurídicamente no se espera de ese conductor que sea tan precavido, ya que las reglas del tráfico le permiten ir a cierta velocidad máxima y, de esa forma, le permiten tener menos capacidad de evitación de resultados en ese contexto: esto es lo que significa el concepto de “riesgo permitido”. Así pues, el ordenamiento jurídico se estaría contradiciendo si, por un lado permitiera al conductor

⁸ En tal sentido afirma Roxin, *ibidem*, p. 367 (marginal 46) que el principio de la creación o el aumento del riesgo desaprobado coincide en lo sustancial con la teoría de la adecuación: “por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación”.

⁹ En todo caso, ha de procurarse no confundir los supuestos que estamos mencionando referidos a la constitución anormal de la víctima (como sucede con los ejemplos de “empujón a la piscina”, “infarto por noticia” o “intolerancia al látex”) con aquellos otros (sin duda también relacionados con el principio de responsabilidad subjetiva) que denominamos de *preterintencionalidad*: es decir, los casos que se producen cuando una acción inicial ilícita del sujeto acaba ocasionando un resultado lesivo más grave que el originariamente pretendido o previsto por él. En tales supuestos, de acuerdo con la legislación penal actualmente vigente, ese ulterior resultado ilícito causado por el individuo solo podrá imputársele penalmente cuando el mismo resultara, al menos, previsible y evitable para él desde una perspectiva anterior al momento mismo de la acción (*ex ante*); es decir, solo cuando se pueda atribuir dicho resultado al sujeto a título de *imprudencia*. Tal solución no coincide con la que, hace ya bastante tiempo, se extraía del antiguo art. 8.8 del CPTR73, citado *supra*, antes de su reforma por LO 8/1983, de 25 de junio (que dejó ese apartado sin contenido). En efecto, según dicho art. 8.8, aquel sujeto que *en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causara un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo*, quedaría exento de responsabilidad criminal; de aquí deducía la doctrina y jurisprudencia de la época, *a sensu contrario*, que si respondería criminalmente quien, al ejecutar un acto *ilícito sin la debida diligencia*, produjera de modo fortuito ese mal (ya se comentó esto *supra*, en la nota 5). Tal fórmula de responsabilidad *objetiva* se conocía entonces como principio del “*versari in re illicita*”. Actualmente, sin embargo, podemos considerar esta concepción como abandonada (sobre todo, teniendo en cuenta el art. 5 CP), de manera que queda excluida la responsabilidad objetiva para toda clase de resultados fortuitos, tanto para los precedidos por una acción *lícita* como para los que sigan a una acción *ilícita*. Por consiguiente, en aquellos casos en los que, a raíz de una *constitución anormal de la víctima*, a un acto inicial ilícito por parte del sujeto activo (doloso o imprudente) suceda un resultado fortuito, no previsible *ex ante* para dicho sujeto, tal resultado no se le podrá atribuir penalmente al mismo, debiendo responder únicamente del primer daño, previsto o previsible para él (por ejemplo, A, dando un empujón intencional pero leve a B —delito de lesiones leves del art. 147.3 CP—, ocasiona sorpresiva e imprevisiblemente que B, aquejado de un grave déficit en el sentido del equilibrio, se derrumbe de plano y se golpee en la frente, sufriendo la muerte). *Vid.* ampliamente sobre ello Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., pp. 137, 310 y ss. (en especial, marginales 73, 74 y 76); Maqueda Abreu, “El principio de responsabilidad subjetiva...”, cit., pp. 196 y ss.; Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, cit., pp. 53 y ss., 72 y ss.

¹⁰ Cfr. Kindhäuser, U., “Zum sogenannten, unerlaubte risiko”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2010, p. 404.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

incurrir en ese riesgo y, por otro lado, le imputara el daño ocasionado debido a esa incapacidad de evitación de resultados lesivos ocasionada por circular a la velocidad máxima permitida. En conclusión, A tan solo ha introducido con su acción un riesgo permitido; al mismo tiempo, eso significa que, para el ordenamiento jurídico, la causación del resultado mediante esa acción no le era previsible ni evitable; por consiguiente, si dicho resultado era imprevisible e inevitable, A ha actuado de forma no dolosa ni imprudente, de modo que no podrá exigírsele responsabilidad (o, en caso contrario, se trataría de una responsabilidad *objetiva*). En definitiva, el principio de adecuación, incorporado a la teoría de la imputación objetiva como uno de sus elementos, permite identificar aquellos casos de falta de dolo o imprudencia en los hechos como situaciones de “riesgo permitido”.

3. La introducción de elementos subjetivos en la valoración acerca del nivel del riesgo y la previsibilidad del resultado

Hemos observado cómo a la hora de valorar lo que resulta “*objetivamente* imputable” a la acción de un sujeto (según la teoría de la imputación *objetiva*) se trata en un primer paso de excluir aquellos cursos causales que resulten *casuales e imprevisibles* para dicho sujeto, los cuales serán los opuestos a *los cursos*

previsibles —imprudencia—, así como, en la mayor parte de los casos, los opuestos a los cursos *previsitos y los pretendidos* —dolo—. ¹¹ Tal proceso supone, por tanto, introducir en el análisis de la imputación *objetiva* elementos *subjetivos*, relativos al estado de conocimientos y al estado anímico del individuo con respecto a su acción y al resultado de esta. Dicho de otra forma: la afirmación del *caso fortuito*, de lo que sea una causa *ex ante y objetivamente no adecuada* para ocasionar el resultado, por ser este *imprevisible e imprevisto*, se realiza precisamente negando el estado de imprudencia o de dolo en el sujeto concreto. Es decir, se realiza determinando que el resultado era un desenlace imprevisto e imprevisible para *ese autor*, a tenor de su situación en el momento de actuar y de los conocimientos de los que él disponía (y podía disponer). Así pues, para poder distinguir lo *objetivamente imputable de lo fortuito, casual e imprevisible* y, por tanto, *no imputable*, la teoría de la imputación objetiva, partiendo del principio de la adecuación, nos lleva a tener en cuenta e incluir en dicha valoración *elementos subjetivos* (los conocimientos del autor concreto en la situación específica). ¹²

Del mismo modo pero a la inversa, se ha reconocido que la introducción de dichos elementos subjetivos en la valoración puede convertir en imputables al autor ciertos resultados que, si considerásemos solo el punto de vista de un observador puramente objetivo,

¹¹ Decimos “en la mayor parte de los casos” y no “en todos” porque pueden darse situaciones en las que el sujeto haya puesto en marcha de forma intencionada un curso causal que, de forma imprevisible, anómala y azarosa, conduzca al resultado precisamente ansiado por ese individuo pero, objetivamente y *a priori*, muy poco probable. Piénsese en el consabido caso del sobrino heredero que, soñando con que su tío fallezca y le deje en herencia su abultado patrimonio, le regala un viaje en transatlántico con la esperanza de que el navío naufrague y sus pasajeros perezcan, cosa que, sorprendentemente, sucede. De esa forma se habrá materializado el resultado deseado por el sujeto. Sin embargo, teniendo en cuenta el escasísimo control que este tenía sobre tal curso causal, lo cual convierte el “riesgo” introducido por él en “jurídicamente tolerado”, resulta absolutamente inviable imputarle la muerte de su tío.

¹² Ya lo indicaba Mir Puig, S., en “*Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*”, ADPCP, nº de Septiembre-Diciembre 1988, pp. 661 a 684 (661); así como en *Derecho Penal...*, cit., pp. 178 a 180: “el juicio de desvalor que permite la antijuricidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho Penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho”, y sobre todo, “no es posible si se admite el punto de partida de la teoría de la adecuación, que maneja la moderna teoría de la imputación objetiva” (178). Consúltense también lo que afirma Kindhäuser, en “*Zum sogenannten...*”, cit., pp. 408 y 409: este autor se manifiesta en contra del criterio, esgrimido por la doctrina, de que ciertos comportamientos sean jurídico-penalmente irrelevantes por ser *socialmente adecuados*. Según Kindhäuser, aquellos ejemplos que se suelen mencionar para apoyar esta idea carecen de relevancia penal ya por otras razones (vinculadas precisamente al estado de conocimientos del sujeto concreto). Por ejemplo, cita el caso de aquel marido (X) que convence a su mujer (Y) para que realice un viaje en tren en lugar de en coche, dándose la circunstancia de que durante ese trayecto el tren es objeto de un atentado terrorista a causa del cual Y muere. En este caso la impunidad de X se explica únicamente por el hecho de que no ha actuado ni dolosa ni imprudentemente, pues ni conocía ni podía conocer el peligro que corría Y. Lo contrario pasaría, en cambio, si X conociera la existencia de los terroristas y fuera su cómplice, y ello con independencia de la supuesta adecuación social de su conducta (dar un consejo). Por lo tanto, entiende Kindhäuser, a la hora de valorar la relevancia jurídico-penal de un conflicto siempre se trata de evaluar un suceso concreto a la luz de todas las circunstancias relevantes, tanto objetivas como subjetivas. En consecuencia, la descripción abstracto-objetiva de un acontecimiento como “cotidiano” nunca puede ser un punto de vista relevante para determinar el contenido de injusto de ese hecho.

ciertamente no serían imputables —lo cual parece éticamente inadmisible—. ¹³ De ese modo, el principio de la adecuación también sirve para identificar aquellos cursos causales que, mostrándose aparentemente como producto de la casualidad, el azar o la desgracia (lo inevitable), han sido en realidad previsibles y previstos, controlados por el autor gracias a sus conocimientos individuales, los cuales no eran compartidos por el observador “externo” y “objetivo”.

Así, afirma certeramente Roxin que un comportamiento que, a priori o en general, es permitido, no prohibido, puede convertirse en no permitido en función de los conocimientos reales del sujeto, de tal modo que priman los conocimientos efectivos del autor concreto sobre aquello que pudiera opinar un tercero objetivo en una situación semejante a la del autor. En uno de sus ejemplos, Roxin menciona a quien aconseja a otra persona que dé un paseo sabiendo que en el camino está al acecho un asesino: en ese caso “naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato o como homicidio si se mata al paseante”. ¹⁴

A partir de tal argumentación, pues, se constata que la imputación objetiva incluye en el primer nivel de su análisis la consideración de elementos subjetivos que, sin duda, son los característicos del dolo y la imprudencia: a saber, se tiene en cuenta si para el autor concreto era previsible *ex ante* o no que su acción pudiera ocasionar el resultado (condición que lo es de la imprudencia); si de hecho lo había previsto o no (condición del dolo); hasta dónde llegaba el grado exacto de sus conocimientos (dolo, culpa consciente...), etc.,

todo lo cual se pondera, de hecho, al objeto de afirmar si el riesgo creado por su acción era permitido o prohibido. ¹⁵ En consecuencia, a la vista de estos criterios se han suscitado desde hace tiempo en la doctrina penal una serie de dudas y críticas hacia la teoría de la imputación objetiva: en concreto,

- a) ¿Se puede seguir hablando de imputación objetiva cuando esta se basa, decididamente, en aspectos subjetivos del autor? ¹⁶
- b) Si dicha imputación va a resultar, al fin y al cabo, también subjetiva, ¿qué sentido tiene hablar de una imputación objetiva (y de un tipo objetivo) y, más tarde, de nuevo de una imputación subjetiva (y de un tipo subjetivo)? Con la teoría de la imputación objetiva, ¿no se habrá superado, en verdad, la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, que pasaría a ser superflua?
- c) Si la imputación llamada objetiva incluye ya el análisis del dolo y de la imprudencia, ¿qué sentido tiene superponer o repetir ambos pasos en el examen del delito? ¿Debemos prescindir, pues, de la imputación objetiva?; o, más bien, ¿debemos prescindir del análisis del dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo, trasladando dicho análisis a la imputación objetiva y a la determinación de su primer requisito (creación de un riesgo desaprobado)? ¹⁷
- d) ¿Para qué seguir manteniendo la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, si su eficacia garantista queda suplida ahora mediante

¹³ De este modo, *vid.* Kindhäuser, U., “Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 8/2007, pp. 447 y ss. (464): en aquellos casos en los que el autor concreto conozca que una situación objetiva y aparentemente inocua es en realidad peligrosa para el bien jurídico, aplicar el criterio del observador externo y objetivo daría lugar a la impunidad del autor. Así pues, a fin de corregir esa solución no plausible, necesariamente hay que tomar en consideración los conocimientos del sujeto —lo cual, para Kindhäuser, deja claro el carácter redundante y prescindible de la teoría de la imputación objetiva si la aplicamos desde la perspectiva del observador objetivo—. De igual modo se expresa Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, p. 158. Con el mismo criterio, entre los penalistas españoles cítese por todos a Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 178, marginal 56. Ahondaremos más adelante en este extremo (*vid. infra*, apartado IV. c).

¹⁴ *Cfr.* Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, *cit.*, pp. 360 y 367, marginales 32 y 46; así como, del mismo, “Streitfragen bei der objektiven Zurechnung”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 715 a 733 (727).

¹⁵ A ese respecto, *vid.* por todos Mir Puig, “Sobre lo objetivo...”, *cit.*, pp. 674, 675 y 678, comentando el famoso caso “Thyren”, sobre un tirador inexperto que apunta con un fusil a otra persona desde una gran distancia, con la intención de matarla. Afirma Mir, pues, que *la intención del sujeto contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva*; de ese modo, aunque el riesgo de que se produzca el resultado de muerte sea mínimo, hay que considerarlo suficiente para fundamentar la imputación de la muerte, basándose tanto en la concurrencia de una conducta objetivamente homicida como en la concurrencia de dicha intención de matar (dolo directo de primer grado).

¹⁶ Acerca de esta crítica y su discusión, *vid.* Frisch, W., “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches an der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, 2001, pp. 219 a 221, 226 y ss.

¹⁷ Sobre esta controversia, asimismo Frisch, *ibidem*.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

el análisis de la imputación normativa (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad?

4. Por qué la teoría de la imputación objetiva es más bien de la imputación “normativa”, y la distinción entre “el tipo objetivo” y “el tipo subjetivo” ya no resulta útil en los delitos imprudentes ni en los dolosos

Varios son los autores que han tratado ciertamente de dar respuesta a las dudas anteriores (a, b, c y d).

4.1. ¿Se puede seguir hablando de imputación objetiva cuando esta se basa, decididamente, en aspectos subjetivos del autor?

En relación a esta primera cuestión, ya Kaufmann había percibido tiempo atrás esa necesidad de tener en cuenta a efectos de la imputación los conocimientos propios del sujeto concreto sobre el peligro, de tal modo que sería imposible efectuar un juicio puramente objetivo sobre la creación desaprobada del riesgo, pues dicha valoración dependería fundamentalmente del agente. Por eso, afirmaba, si el sujeto

activo desconocía el peligro asociado a su conducta, no podría decirse que con ella hubiera creado un riesgo desaprobado, de modo que decaería la presencia de un delito *doloso*.¹⁸

Asimismo, Struensee sostuvo que en los delitos *imprudentes* era necesario atender a los conocimientos del sujeto concreto para determinar si su conducta habría sido jurídicamente correcta o no.¹⁹ La misma opinión han seguido posteriormente autores como Jäger o Puppe: a su juicio, en el apartado de la infracción *objetiva* del deber de cuidado es preciso ya analizar los conocimientos y capacidades individuales del autor,²⁰ pues la cuestión de si existe “un riesgo no permitido”, de si concurre un injusto típico, no puede juzgarse sin tener en cuenta tales datos.²¹ Dicha cuestión ha sido igualmente debatida por la doctrina española desde hace décadas, como en su momento demostró Zugaldía Espinar.²²

Por su parte, advierte Kindhäuser que, encubiertos en los conocimientos o información que los delitos imprudentes exigen para la realización de su tipo objetivo y que se atribuyen al ciudadano medio o ficticio, están en realidad aquellos datos subjetivos del autor que resultan relevantes. Así pues, si bien las exigencias o los criterios que se emplean para determinar la infracción del deber son normativos (a saber, el criterio de lo que hubiera hecho ese ciudadano medio

¹⁸ Cfr. Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, cit., pp. 260 a 265.

¹⁹ Cfr. Struensee, E., “Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 97 y ss (97, 99 a 101, 105).

²⁰ Crítico con esta opción dogmática se manifiesta Burkhardt, “Conducta típica...”, cit., pp. 186 y 187. En su opinión, “el umbral de la confusión se traspasa cuando los componentes objetivos de la falta de cuidado, tanto interno como externo, se agrupan bajo la rúbrica <lesión del deber objetivo de cuidado>, y cuando el conglomerado así formado se clasifica en el tipo objetivo”, pues “si el componente <objetivo> de la falta de cuidado interno se clasifica en el tipo objetivo, se introduce necesariamente lo subjetivo (individual del autor) en el tipo objetivo”. Para este penalista, en fin, supone un “error fundamental clasificar en el tipo objetivo”, ya sea total o parcialmente, “los elementos de la imprudencia como <desconocimiento no evitado contrariamente a deber>”. En cualquier caso, el propio Burkhardt reconoce que lo decisivo para determinar cuál es el cuidado interno al que el autor está obligado son “las circunstancias conocidas por él (!)” y la falta del cuidado interno que interesa es solo aquella que haya conducido “a una valoración errónea del autor individual (!)”. En última instancia, por tanto, lo que discute Burkhardt es la ubicación sistemática más adecuada para ese imprescindible análisis de los conocimientos subjetivos del autor.

²¹ Cfr. Jäger, C., *Examens-Repetitorium. Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, 5ª ed., 2011, p. 321; Puppe, I., “Der Aufbau des Verbrechens”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, 2007, pp. 396 y 397, citando asimismo a Struensee. A juicio de dicha autora, a la hora de determinar el deber de cuidado del sujeto activo es totalmente lógico y sistemáticamente necesario tener en cuenta los conocimientos de los que este parte. Sobre tal aspecto, vid. asimismo Burkhardt, “Conducta típica...”, cit., p. 158.

²² Vid. Zugaldía Espinar, J.M., “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos”, ADPCP, 1984, pp. 321 a 332 (327 y ss.), señalando que ya en ese momento existía “una polémica fundamental consistente en la determinación —a los efectos del tipo de injusto— de si la caracterización de la contrariedad de la conducta al deber de cuidado debe realizarse según criterios únicamente objetivos o en función de la capacidad individual del autor”. Y en esa fecha, la postura dominante consistía en entender que la infracción del deber de cuidado dependía del criterio, puramente objetivo, de lo que un observador medio cuidadoso y atento hubiera podido reconocer como acción peligrosa para el bien jurídico. Por el contrario, la conclusión del propio Zugaldía coincide con la de Struensee, Puppe o Jäger, en el sentido de que, en los delitos imprudentes, “la determinación de la conducta exigida en el caso concreto se rige por los conocimientos y capacidades individuales del autor: solo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposos”. De la misma opinión, vid. Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 302 y 303, sobre todo marginales 41, 47 y 48; así como en “Sobre lo objetivo...”, cit., p. 673.

cuidadoso, diligente en la situación dada), en cambio los conocimientos a los que se referirán tales requisitos solo pueden ser los conocimientos efectivos del sujeto concreto e individual.²³

Disponemos de varios ejemplos útiles para aclarar dicha argumentación:

Pensemos en el caso (propuesto por *Struensee*) del ciclista A, quien va conduciendo su bicicleta entre los coches por el centro de la ciudad hasta que alcanza un semáforo en rojo. Allí, con objeto de no tener que echar el pie a tierra para frenar, se detiene frente al paso de cebra agarrándose al poste del semáforo. Dicho poste, totalmente oxidado en la base, se dobla debido a la presión ejercida por A y se desploma sobre la calzada, lesionando a un peatón. En este caso, resulta imposible determinar si tal lesión será imputable jurídicamente a A —y en concreto decidir si deberá serlo a título de dolo o de imprudencia— sin tener en cuenta los conocimientos del autor, lo que A sabía o debía y podía saber acerca del estado de conservación del poste y las posibilidades de que este se desplomara.²⁴

Otro ejemplo, propuesto por Kindhäuser, lo encontramos en “el caso de las setas”: pensemos en un estudiante de biología que en las vacaciones de verano trabaja como camarero y, en una ocasión, sirve un plato con setas venenosas a un cliente. En el supuesto de que dicho estudiante no reconozca las setas venenosas, no estará actuando de modo contrario a su deber por el mero hecho de que le fuera posible, en teoría, identificar el tipo de seta, dados sus conocimientos especiales de biología. En efecto, en el rol de camarero que está desempeñando en ese momento no le incumbe a él la tarea de comprobar que las setas sean inofensivas, pues esa capacidad especial no se exige para trabajar como camarero. Por ello, la capacidad especial que él, de he-

cho, tiene a título individual no se tendrá en cuenta en su contra. Sin embargo, si dicho estudiante reconoce, al servir las setas, el carácter venenoso de las setas, entonces sí dispone en ese momento del conocimiento que es necesario para cumplir la norma que exige evitar el resultado, por lo que dicha norma le vinculará. En ese caso no podrá justificar su omisión alegando que un camarero “promedio” no sabría ni tendría por qué saber distinguir las setas (es decir, prever el riesgo), pues él personalmente sí podía hacerlo²⁵ (se trata de conocimientos superiores del sujeto que deben ser tenidos en cuenta a efectos de la tipicidad). Así se pone de manifiesto la importancia de elementos subjetivos a la hora de determinar el deber de cuidado del sujeto y, de esa forma, a la hora de comprobar si el riesgo creado por su acción u omisión ha traspasado o no el límite de lo jurídicamente tolerable.

4.1.1. Réplica de Frisch y de Roxin

Fundamentalmente, y con el beneplácito del propio Roxin, ha sido Frisch el autor que con más decisión ha salido “en defensa” de la teoría de la imputación objetiva en este punto —frente a los argumentos de finalistas como Kaufmann—, a fin de explicar por qué no supone una contradicción aplicar parámetros subjetivos a la determinación de la imputación objetiva. Frisch admite, en principio, que “para abordar la cuestión de la creación de un riesgo desaprobado no se puede prescindir de los conocimientos especiales de quien actúa”,²⁶ pues se debe esperar, al menos por regla general, que aquel que conozca momentos de peligro que resulten desconocidos para otros (o bien, generalmente desconocidos) tenga en cuenta tales peligros a la hora de organizar su comportamiento.²⁷ Del

²³ Cfr. Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, cit., p. 460; así como en “*El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*” (se trata del mismo texto, traducido por Mañalich, J.P.), conferencia pronunciada en la Universidad de Granada, abril de 2011, pp. 12 a 14. Aproximándose ya a esa postura se manifestaba en 2005, en “*Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*”, en *Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka*, Duncker & Humblot, 2005, p. 539: la cuestión sobre qué nivel de riesgo sea el adecuado para imputar un resultado a quien creó dicho riesgo no se puede resolver sin tener en cuenta el estado de conocimientos de tal sujeto; así pues, esa pregunta sobre si existe una relación de riesgo entre el comportamiento del sujeto y la aparición del resultado no puede pertenecer al análisis del tipo objetivo, sino al del tipo subjetivo.

²⁴ Recoge el caso y lo comenta Freund, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, Springer, 2ª ed., 2009, p. 61, marginal 77a.

²⁵ Vid. Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, cit., p. 15; también en “*Objektive...*”, cit., pp. 535 y 536.

²⁶ En relación a esos conocimientos *proprios* del autor concreto, debemos entender que resultan incluíbles entre ellos tanto los *especiales* (es decir, los “superiores a la media”) como los conocimientos *comunes* a otros individuos, pero también precisamente en poder de ese sujeto concreto. Por tanto, sería preferible hablar de conocimientos *específicos, propios* o *individuales* del autor concreto, más que de conocimientos necesariamente *especiales* (es más, podrían ser incluso *inferiores* a la media).

²⁷ Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 230.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

mismo modo, se manifiesta Roxin, señalando que esa inclusión de los conocimientos específicos del sujeto en la valoración de la peligrosidad objetiva de su conducta se debe a que, para proteger bienes jurídicos, es preciso prohibir las conductas peligrosas y dicha prohibición únicamente puede basarse en juicios *ex ante*, en los que habrá que tener en cuenta tales conocimientos individuales.²⁸

Sin embargo, entiende Frisch que “no es correcto hacer como si, con esa valoración del conocimiento individual, uno ya se estuviera moviendo dentro del tipo subjetivo del delito”.²⁹ Pues bien, en una primera instancia nos manifestamos desconcertados ante esta afirmación, ya que, si no nos estamos moviendo en el ámbito del tipo subjetivo, ¿dónde lo estamos haciendo, entonces?³⁰

A continuación, sigue puntualizando Frisch que, en ese juicio sobre el riesgo desaprobado, “de ninguna manera interesan solo aquellas circunstancias en las que el autor pensara en el momento del hecho”, sino también aquellas “de las que tuviera conocimiento hace algún tiempo y que debiera haber considerado a la hora de decidir acerca de su comportamiento”. Pues bien, es evidente que esta precisión por parte de Frisch no era necesaria, ya que cuando los críticos de la imputación objetiva se refieren a los conocimientos individuales del sujeto concreto estarán incluyendo asimismo los conocidos tiempo atrás por él pero no actualizados en el momento de ejecutar la conducta (lo que podría precisamente dar lugar, en su caso, a una responsabilidad por imprudencia).

A su vez, Frisch advierte que “también sería equivocado hacer como si ese juicio sobre el peligro, por recurrir de forma anticipada a los conocimientos

subjetivos o individuales (en sentido amplio), ya no se basara en circunstancias objetivas. Porque, naturalmente, aquellas circunstancias especiales del peligro que sean conocidas para él (el sujeto concreto) o de las que se haya enterado en algún momento son también reales y objetivas”.³¹ A este respecto, es preciso replicar que ni Kaufmann ni ningún otro autor serio han manifestado algo por el estilo de lo que afirma Frisch: precisamente, nadie niega que el dolo como sinónimo de conocimiento se refiere siempre a circunstancias del mundo exterior, ajenas a la propia psique del autor, con una existencia real. En verdad, como bien indica Koriath, el argumento que quiere sostener Frisch con esa frase es “mucho más débil y dice así: que un pronóstico no es *puramente* objetivo”³² (lo cual resulta claramente cierto). En definitiva lo que ocurre, a juicio de Frisch, es que incluimos en la valoración del riesgo objetivo una serie de segmentos de la realidad, de circunstancias y hechos que siguen siendo objetivos y los cuales sencillamente tienen la cualidad de que eran cognoscibles por el autor. Por consiguiente, no es que introduzcamos elementos subjetivos en sentido estricto en la valoración del riesgo: por el contrario, *lo subjetivo o individual es el criterio de selección* para fijar qué aspectos de la realidad y fuera de la mente del sujeto vamos a tener en cuenta, qué porcentaje del peligro real y manifestado *ex post* era previsible *ex ante* para el sujeto concreto y, por tanto, se le puede imputar, si es que supera el nivel permitido³³ (en este punto, no podemos más que estar de acuerdo con Frisch).

En cualquier caso, considera este autor que el esquema de análisis del delito en el que se inserta esa valoración del peligro y de su carácter desaprobado

²⁸ Roxin, “Streitfragen...”, cit., p. 727; asimismo en *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 367, marginal 46.

²⁹ Frisch, “Faszinierendes...”, cit., p. 230.

³⁰ A este respecto, escribe Koriath, H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos, 2007, p. 161: “seguro que mi pregunta, ‘¿sí?, ¿Y dónde ‘nos estamos moviendo’, entonces...?’ no es solo retórica.” Con el mismo criterio, vid. Burkhardt, “Conducta típica...”, cit., p. 159: estos argumentos de Frisch seguramente vienen a confirmar que la teoría de la imputación objetiva contradice en ese punto el sistema del delito, y son “una prueba de cómo está prosperando <la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo>”. En este sentido, afirma Burkhardt (160 y 161), el conocimiento de las circunstancias constitutivas del riesgo y la cognoscibilidad de la creación del riesgo desde la perspectiva del autor individual son realidades evidentemente “subjetivas”, no “objetivas”. Por consiguiente, está claro que la cognoscibilidad individual del riesgo que se tiene en cuenta en muchos casos para apreciar la existencia del riesgo desaprobado (y que, por tanto, es constitutiva de la existencia del tipo objetivo), es, al mismo tiempo, la relación subjetiva del individuo con la realización del tipo que se exige normalmente en el delito imprudente. Es decir, es el tipo subjetivo mismo. De esa forma, Frisch estaría sin duda equivocado en su punto de vista.

³¹ Frisch, “Faszinierendes...”, cit., p. 230.

³² Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 161.

³³ Frisch, “Faszinierendes...”, cit., p. 230: en definitiva, convenimos con Frisch en que mirar hacia la experiencia individual del sujeto es útil, sobre todo para seleccionar, de entre “todo el conjunto de circunstancias que se den en el momento de la conducta pero que, muchas veces, sean desconocidas para las personas que actúan”, aquellas que deban ser tenidas en cuenta para valorar el comportamiento jurídicamente correcto o incorrecto.

no distingue, ni tiene por qué hacerlo, “de forma estrictamente naturalista” o “herméticamente” entre circunstancias objetivas y subjetivas, pues tampoco es que tal distinción haya de ser “la medida de todas las cosas”. Ello, además, no tiene por qué significar nada en contra de la adecuación de los requisitos materiales postulados por la teoría de la imputación objetiva, pues de lo que se trata en dicha teoría es de determinar qué comportamiento es justo y cuál es injusto, en el ámbito del tipo; y “si, en ese marco, la constitución de lo que sea justo depende también de determinadas circunstancias subjetivas, entonces eso querrá decir que la pregunta sobre si el comportamiento integra el tipo de injusto no se podrá contestar sobre la base de una estricta separación entre lo objetivo y lo subjetivo”.³⁴ Por consiguiente, a la teoría de la imputación objetiva no se la puede acusar de no separar estrictamente lo subjetivo y lo objetivo, ya que su objetivo fundamental es otro: la captación del tipo de injusto y, para ello, puede ser necesario tener en cuenta aspectos de una y de otra naturaleza.³⁵

En definitiva, Frisch llega a la misma conclusión que Roxin (aunque con una fundamentación, a mi juicio, más exhaustiva que este último): a saber, que esa introducción de elementos subjetivos en la valoración del peligro no elimina el carácter *objetivo y normativo* del riesgo ni de la imputación.³⁶ En efecto, también dichos requisitos subjetivos poseen un núcleo objetivo y, en todo caso, un delito consumado depende de lo objetivo, por lo que esto no es solo punto de referencia de lo subjetivo, sino que ha de existir realmente. Es

decir, la imputación objetiva y, de ese modo la tipicidad, exigen unos filtros objetivos y normativos irrenunciables.³⁷

A su vez, también Puppe ha negado que se pueda reprochar a la teoría de la imputación objetiva el incluir elementos subjetivos en la valoración sobre lo injusto del comportamiento. Ello, pese a la confusión terminológica y sistemática que de esa forma se ha ocasionado. Según Puppe, dicha confusión resulta muy fácil de superar simplemente cambiando la denominación de “imputación objetiva” por la de “imputación de la imprudencia”. Y ello porque la cuestión sobre *la infracción del deber de cuidado* (o sobre el *riesgo desaprobado*), que contiene tanto componentes objetivos como subjetivos, está situada en el análisis dogmático del delito sistemáticamente antes que la cuestión sobre la imputación objetiva (estamos de acuerdo con ello, como explicaremos más adelante). Por lo tanto, dice Puppe, refiriéndonos a la “imputación de la imprudencia” mejor que a la “imputación objetiva” se acabaría todo el problema de la supuesta falta de “objetividad” de dicha teoría. De paso, ¡ahorraríamos a los estudiantes de Derecho el tener que realizar unos cuantos ejercicios prácticos bastante poco gratos para poder distinguir entre “el tipo objetivo” y “el subjetivo”!³⁸

³⁴ Del mismo modo se expresa Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 178, marginal 57: “el desvalor de la conducta... no depende solo de la parte objetivo-externa del hecho. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico. La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa”. Igualmente véase, del mismo, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 677, donde se destaca “la imposibilidad de una separación tajante de lo objetivo y lo subjetivo del tipo”.

³⁵ Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 231; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., *ibidem*.

³⁶ Cfr. Roxin, “*Streitfragen...*”, cit., p. 727. Y en todo caso podemos afirmar, parafraseando a Mir Puig, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 663, que la imputación *objetiva* se considera tal porque precisamente se basa en una norma *objetiva* de valoración, en el sentido de *intersubjetiva* y no dependiente del criterio del sujeto.

³⁷ Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 228. *Vid.* igualmente, del mismo autor, “*Delito y sistema del delito*”, en *El sistema integral del Derecho Penal*, cit. (2004), pp. 193 a 280 (en especial, pp. 261 a 263), así como “*Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2003, pp. 719 y ss. (731 *in fine*, 732 y 733): de acuerdo con lo expresado, la existencia de un peligro desaprobado en los delitos dolosos no va a depender solo de la presencia de dolo en el autor, sino que será necesario que ese dolo (conocimiento) se vincule a un riesgo efectivamente existente en la realidad para el bien jurídico y cuyo nivel haya superado lo jurídicamente permitido. Por su parte, señala Burkhardt, “*Conducta típica...*”, cit., pp. 156 y ss., que la teoría de la imputación objetiva no solo exige que un juzgador objetivo y razonable hubiera considerado, *ex ante*, que la conducta correspondiente era arriesgada, sino que además exige que la convicción del juzgador razonable se corresponda con la realidad: la acción debe ser realmente peligrosa. Para Burkhardt, en todo caso, la teoría de la imputación objetiva no expresa con claridad estos dos elementos, sino que emplea, en diversos puntos, una “*terminología engañosa*”.

³⁸ *Vid.* Puppe, “*Der Aufbau...*”, cit., pp. 397, 398 y 402.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

4.1.2. Respuesta a la pregunta a)

A la vista de los argumentos expuestos, podemos convenir en que no debe efectuarse reproche alguno a la teoría *roxiniana* de la imputación por el hecho de incluir en el análisis del riesgo aspectos subjetivos del autor de la conducta (su grado de conocimiento y capacidades). En este caso, se trata sobre todo de una controversia terminológica (aunque con implicaciones dogmáticas, como observaremos en el último apartado del trabajo), por lo que quizá sería preferible, en el futuro, adoptar el nombre de “imputación *normativa*” a fin de eliminar la confusión que supone denominarla “objetiva”.³⁹

4.2. Con la teoría de la imputación objetiva, ¿no se habrá superado, en verdad, la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, que pasaría a ser *superflua*?

En cuanto a la segunda de las cuestiones, sobre si tiene sentido ahora seguir distinguiendo entre tipo objetivo y tipo subjetivo, y analizar ambos por separado, de acuerdo otra vez con Frisch, como hemos visto, puede que diferenciar estrictamente entre circunstancias objetivas y subjetivas no sea el esquema más apropiado para determinar lo justo o lo injusto de un comportamiento —lo cual dependerá de aquellos principios que conforman el ordenamiento jurídico— y que, a veces, no quepa realizar esa distinción a efectos de determinar la tipicidad de una conducta.⁴⁰

De igual modo, sostiene Georg Freund que, incluso para los delitos dolosos, es *técnicamente erróneo* y, en realidad, *impracticable* diferenciar entre tipo objetivo, como puramente externo, y subjetivo, ya que el tipo objetivo también está plagado de elementos subjetivos.⁴¹ Por el contrario, según la terminología propia de este autor, será más adecuado distinguir entre “comportamiento típico”, por un lado, y “consecuencias específicas de dicho comportamiento” (resultado), por el otro, pero sabiendo que también para determinar si se cumplen dichos elementos y la imputación del resultado al comportamiento, será necesario tener en cuenta circunstancias subjetivas.⁴²

Aún más problemática, en verdad, resulta la distinción intelectual entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo en el marco de los delitos imprudentes. Efectivamente, en estos, la determinación de la tipicidad consiste en valorar si para un *hombre medio diligente en la posición del autor* el resultado era *ex ante* previsible y evitable, es decir, si ya en ese momento existía y era perceptible para el sujeto el elemento del riesgo desaprobado. En caso afirmativo, habría de apreciarse la imprudencia, mientras que, en caso contrario, la conducta ya no sería típica. De ahí que, en opinión de algunos expertos, en los delitos imprudentes solo deba hablarse de “tipicidad”, en general, pues en ellos no existe diferencia entre el tipo objetivo y el subjetivo.⁴³ Por consiguiente, el tipo de los delitos imprudentes se colmará generalmente mediante la teoría de la imputación objetiva, pues “un resultado que se imputa al tipo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios”.⁴⁴

³⁹ De cualquier forma, por el momento seguiremos empleando el término de “imputación *objetiva*” para referirnos a la teoría científica del mismo nombre y defensora de los postulados ya expuestos *supra* (apartado 2), con objeto de no extraviar al lector. En las páginas finales de nuestra exposición, correspondientes a las conclusiones (apartados 4.3.7, 4.4) y 5), cambiaremos dicha denominación por la de “imputación *normativa*”, en coherencia con la postura aquí defendida.

⁴⁰ Cfr. Frisch, “*Faszinierendes...*”, *cit.*, p. 231.

⁴¹ Vid. Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, *cit.*, p. 56, marginal 62 y nota 67, y p. 61, marginal 77a; en el mismo sentido, *vid.* Puppe, “*Der Aufbau...*”, *cit.*, p. 402.

⁴² Freund, *ibidem*.

⁴³ Cfr. Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 320 (marginal 374); Puppe, “*Der Aufbau...*”, *cit.*, p. 396. Expresamente en contra véase Burkhardt, “*Conducta típica...*”, *cit.*, pp. 188, 190 in fine, 191 y *passim*: la posibilidad sistemática más adecuada consiste en diferenciar también en el hecho imprudente un tipo objetivo y otro subjetivo, clasificando la imprudencia, parcial o totalmente, en el tipo subjetivo (en el caso de que fuera solo parcialmente habría que situar algunos otros de los elementos de la imprudencia, entiende este autor, en el nivel de la culpabilidad). De ese modo, el tipo subjetivo servirá para corregir “eventuales inconvenientes” que hayan podido surgir en el ámbito del injusto, al apreciar desde una perspectiva *ex post*, si en un caso concreto se habrá realizado el tipo objetivo creando un riesgo objetivamente desaprobado (a juicio de Burkhardt, en verdad, se podrá afirmar que se ha realizado el tipo objetivo cuando la acción específica del sujeto, de haber sido realizada con conocimiento o con *cognoscibilidad* del riesgo asociado a ella hubiera sido una conducta injusta).

⁴⁴ Hemos copiado esta frase de Roxin, si bien él (en *Derecho Penal...*, *cit.*, capítulo (§) 24, pp. 999 y ss., especialmente marginales 10, 11 y 13) se refiere aquí a la imputación del resultado al tipo *objetivo*. De hecho, Roxin entiende que, en la imprudencia consciente, lo adecuado es reconocer la existencia de un tipo *subjetivo* junto al objetivo, aunque reconoce que esta cuestión es “*dudosa*” en la doctrina

En relación a este aspecto, recuerda Kindhäuser que fue por influencia del finalismo por lo que en los delitos dolosos se distinguió un tipo subjetivo de un tipo objetivo (y dicha configuración se mantiene, en general, hoy en día); sin embargo, no ocurrió lo mismo en los delitos imprudentes, donde se partía de un tipo de injusto basado en estándares de comportamiento correcto dependiendo del sector de actividad. Como consecuencia de ello, el injusto de la acción en el delito doloso tiene un objeto diferente al del delito imprudente.⁴⁵ Mientras que en el delito doloso el deber de acción se determina de acuerdo a los conocimientos del autor concreto, en el delito imprudente se supone, en principio, que el destinatario de la norma dispone de una serie de conocimientos promedio propios del ámbito de actividad de que se trate (tráfico rodado, práctica sanitaria o médica, etc.),⁴⁶ lo cual permitiría hablar, en teoría, de la previsibilidad *objetiva* del resultado.

En definitiva, en el ámbito de los delitos imprudentes, la doctrina más actual se inclina por tener en cuenta los conocimientos individuales del autor y su capacidad para prever y evitar el resultado a efectos

precisamente de evaluar *la tipicidad*, en general.⁴⁷ No obstante, un grupo importante de expertos (incluso dentro de esta corriente anterior) todavía insiste en un análisis subjetivo *adicional* en los delitos imprudentes que no será realizado sino hasta llegar al ámbito de la culpabilidad. A saber, aunque la previsibilidad objetiva del resultado y la relación entre este y la infracción del deber de cuidado sean estudiadas en la tipicidad (integradas en la imputación objetiva, incluyendo asimismo conocimientos y capacidades especiales del autor), aún corresponderá en la *culpabilidad* examinar si concurre una *incapacidad* especial o una *carencia* especial de conocimientos en el sujeto concreto. Por lo tanto, se trata de analizar si se ha producido una lesión del deber *subjetivo* de cuidado sobre la base de que para dicho individuo fuera *subjetivamente previsible* la causación del resultado.⁴⁸

De ese modo, para la doctrina tradicional sobre los delitos imprudentes (así en Alemania como en España)⁴⁹ se mantienen tanto el examen de la imputación objetiva en el tipo, aplicando como criterio lo que hubiera podido y debido hacer un individuo

(*ibidem*, p. 1022, marginal 66). En cualquier caso, lo que Roxin afirma respecto a la imputación del resultado al tipo imprudente es que, cuando en un supuesto concreto se alega que el resultado *no era previsible* o *no era evitable*, en realidad, en términos de imputación objetiva lo que sucede es que falta ya la creación de un peligro jurídicamente relevante o la realización del peligro creado en el resultado; es decir, faltan los requisitos de la imputación objetiva. Por ejemplo, dice Roxin, si un joven concierne una cita con su novia y esta perece durante la cita porque es golpeada por un meteorito, ciertamente no se le puede reprochar al joven infracción alguna del cuidado debido, de modo que no habrá creado un peligro jurídicamente relevante. A juicio de Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 85 a 89, sin embargo, Roxin se equivoca al negar expresamente vigencia en los delitos imprudentes al criterio de la “previsibilidad” y sustituirlo de forma exclusiva por la teoría de la imputación objetiva: en efecto, si entendemos el concepto de “previsibilidad” en su sentido técnico-jurídico y hasta vulgar o coloquial, como probabilidad cierta de que algo efectivamente ocurra en la realidad, entonces ese concepto está incluido irremediabilmente en la misma idea de “riesgo jurídicamente relevante” y, de esa forma, en la teoría de la imputación objetiva. Así, es precisamente la *imprevisibilidad* de un resultado lo que nos permite sostener que la acción que *fortuitamente dio lugar* al mismo no creó dicho riesgo relevante. Por consiguiente y como demuestra el propio ejemplo del meteorito, Roxin no está prescindiendo, ni puede hacerlo, del factor de la “previsibilidad”. En realidad, sentencia Gimbernat con acierto, lo que Roxin está descartando como criterio para determinar la existencia de riesgo desaprobado y de la tipicidad imprudente es el aspecto de la “*imaginabilidad*” (que no es lo mismo que la “previsibilidad”). Así, aunque cualquier curso causal de producción del resultado es *imaginable* hipotéticamente (v. gr., que un meteorito mate a la chica durante la cita), no todos ellos son *previsibles* en la situación real dada y, por tanto, no todos ellos permiten fundamentar una tipicidad por imprudencia de la acción que condiciona ese curso causal (cfr. Gimbernat, *ibidem*, pp. 85 a 88).

⁴⁵ Sobre este aspecto, *vid.* asimismo Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, p. 325 y nota al pie nº 10.

⁴⁶ Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 457 (“*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 10 a 12). En todo caso, afirma Kindhäuser que esta diferencia en cuanto a la configuración de los tipos no afecta a la pregunta fundamental que él se plantea, acerca de la necesidad de una imputación objetiva en ambas categorías delictivas.

⁴⁷ Cfr. Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, pp. 460 a 462.

⁴⁸ Cfr. Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, capítulo (§) 24, pp. 1013 y ss., especialmente marginales 47, 48 y 50: por la *incapacidad* individual de un sujeto para evitar el resultado “se excluye solo la *culpabilidad* imprudente”, pero no la tipicidad imprudente ni la antijuridicidad de la conducta (el subrayado es nuestro). De esta forma, según Roxin, en la *culpabilidad* deberá examinarse si el sujeto tenía, eventualmente, capacidades *inferiores* a la media; por el contrario, sus posibles capacidades *superiores* a la media deberán tenerse en cuenta en la *tipicidad* —a efectos de determinar si, al no emplearlas pudiendo hacerlo, el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado—. Léase asimismo a su discípulo Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 32 (marginal 43) y 322 (marginal 374).

⁴⁹ *Vid.* Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, pp. 327 y 328 y cita 18: de acuerdo con tal punto de vista dominante, “la previsibilidad subjetiva es irrelevante en el marco de la adecuación típica y debe tomarse en consideración exclusivamente en el marco de la culpabilidad”. A propósito de esto, véase igualmente Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 300 y ss.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

promedio escrupuloso y razonable en el sector de actividad que sea (criterio al que algunos autores, como Roxin o Jäger, añaden los conocimientos especiales y superiores del sujeto concreto⁵⁰), como el examen en la culpabilidad del grado de previsibilidad y evitabilidad subjetivas, es decir, del grado en que para ese sujeto concreto era cognitivamente posible adaptarse al estándar de cuidado debido. En cambio, está generalmente aceptado en la ciencia penal que el dolo se examina únicamente en el ámbito de la tipicidad, dentro del tipo subjetivo, pero ya no en el ámbito de la culpabilidad.⁵¹

Con respecto a la conveniencia de efectuar al nivel de la *culpabilidad* ese análisis del deber *subjetivo* de cuidado, se mencionan varios ejemplos: 1) un alumno de autoescuela en su clase práctica n° 75 atropella a un peatón, “simplemente” porque todavía no ha aprendido a conducir correctamente; 2) una persona de 65 años, de repente y sin que haya podido darse cuenta antes, se vuelve incapaz para la conducción, atropellando así a un grupo de escolares.⁵² Pues bien, en estos casos, según tal postura podría apreciarse una infracción del deber objetivo de cuidado y se habría realizado el tipo de las lesiones imprudentes, ya que un sujeto promedio en la situación de ambas personas concretas hubiera podido impedir el resultado; sin embargo, en el plano de la culpabilidad, esos dos individuos en particular, con base en sus condiciones personales especiales (inferiores) ya no estaban en disposición de evitar el resultado, por lo que no se les

podría reprochar individualmente culpabilidad alguna.⁵³ No ocurriría lo mismo, empero, en el supuesto de que el sujeto concreto tuviera aún la suficiente capacidad como para reconocer que estaba inhabilitado para obrar prudentemente y, de ese modo, para evitar un posible resultado lesivo: de ser así, el sujeto habría obrado de modo imprudente tanto objetiva como subjetivamente⁵⁴ (es decir, tanto típica como culpablemente).

4.2.1. Respuesta a la pregunta b)

Por nuestra parte, en todo caso, consideramos preferible y más coherente con un esquema adecuado del delito excluir del ámbito de la culpabilidad toda referencia a aquellos elementos que componen el dolo y la imprudencia, trasladando cualquier análisis de estos al nivel de la tipicidad y situando en el examen de la culpabilidad o imputación personal exclusivamente dos aspectos: a saber, el conocimiento potencial de la ilicitud del hecho por parte del autor (reverso del error de prohibición) y la capacidad personal de culpabilidad (imputabilidad).⁵⁵ En consecuencia, desde tal punto de vista corresponderá tener en cuenta la previsibilidad y evitabilidad denominadas *subjetivas* en el marco del tipo de injusto, y de esa forma tanto las capacidades del sujeto concreto eventualmente superiores como las inferiores a la media.⁵⁶ A la luz de todos esos conocimientos y capacidades individuales

⁵⁰ Para la doctrina dominante en Alemania, sin embargo, dichos conocimientos especiales y superiores del sujeto concreto no pueden ser tenidos en cuenta para incrementar el nivel de cuidado exigible al hombre medio, que es el criterio que, según tal postura, determina la tipicidad de la conducta. Por tanto, “si el hecho es objetivamente adecuado al poder medio, deberá eximirse de pena al autor, aunque él personalmente pudiese haber actuado con mayor prudencia”, así lo expone Mir Puig, *Derecho Penal...cit.*, p. 301, citando en este caso a Jescheck y a Schünemann.

⁵¹ Sobre ello también, *vid.* Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 12.

⁵² Un supuesto parecido lo encontramos en Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, p. 329, aunque este autor sostiene, del mismo modo que nosotros, que tales casos de capacidades inferiores a la media han de ser considerados para negar la *tipicidad imprudente* (infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado), pues “en definitiva, el mandato jurídico-penal solo puede pretender que se haga lo posible”.

⁵³ *Cfr.* Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 322 (marginal 374); también, como ya dijimos *supra*, Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, capítulo (§) 24, en especial marginales 50, 57 y 58: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuricidad, sino solo afectar a la culpabilidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben, sin embargo, emplearse en la determinación de la tipicidad.

⁵⁴ Jäger, *ibidem*; Roxin, *ibidem*, marginales 47 y 48. Trata asimismo sobre estos casos de capacidades inferiores a la media Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 15 y 16, entendiendo que deben ser tenidas en cuenta para establecer la infracción del deber de cuidado y la imprudencia ya al nivel del tipo de injusto.

⁵⁵ *Vid.* por todos Zugaldía Espinar, J.M. (dir.), *Fundamentos...*, *cit.*, así como en *Lecciones...*, *cit.*, (2ª ed., 2015), pp. 80 y 81, 149 y ss.

⁵⁶ Con el mismo criterio, *vid.* Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 457, aun reconociendo que la doctrina alemana mayoritaria todavía opina de otra forma, situando el deber subjetivo de cuidado en el plano de la culpabilidad o imputación personal. En España opinan así, por todos, Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, pp. 328 a 330, 332; Maqueda Abreu, “*El principio de responsabilidad subjetiva...*”, *cit.*, pp. 216 y 217; en cambio, Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 302 y 303 (especialmente marginal 49), aunque sostiene la misma postura respecto a los conocimientos y capacidades superiores del sujeto, entiende por el contrario que “una capacidad inferior del individuo no imaginable en una persona mentalmente normal —como reflejos demasiado lentos o una capacidad intelectual infe-

será posible determinar, en fin, si el sujeto ha creado un riesgo desaprobado y, por consiguiente, si, dándose el resto de requisitos de la imputación objetiva, ha realizado el tipo del delito (dentro del cual, pues, ya no distinguiremos entre tipo *objetivo* y *subjetivo*).

Por tanto, si un individuo con conocimientos y capacidades distintos a los del “sujeto promedio” (y en su caso, superiores) no los emplea para evitar el resultado, pese a serle ello posible (es decir, “pese a la posibilidad de emplearlos voluntariamente”⁵⁷), estará satisfaciendo el tipo doloso o imprudente (como en el caso citado de “las setas venenosas”). Mientras que no realizará el tipo si, teniendo capacidades o conocimientos inferiores a los del ciudadano medio (aunque siendo todavía plenamente *imputable*) y no pudiendo reprochársele tal desconocimiento o incapacidad en la medida en que no pudiera reconocerlos,⁵⁸ no llega a evitar dicho resultado (como en el supuesto planteado del conductor de 65 años). Así pues, cuando para esa persona determinada fuera subjetivamente imprevisible e inevitable el daño causado, su conducta no podrá considerarse típica, pues estará ausente la imputación al tipo imprudente; y con ello, desde luego, también el dolo como *plus* respecto a la imprudencia.⁵⁹

4.3. Si la imputación llamada objetiva incluye ya el análisis del dolo y de la imprudencia, ¿qué sentido tiene superponer o repetir ambos pasos en el examen del delito? ¿Debemos prescindir de la imputación objetiva o, más bien, del análisis del dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo?

Continuando con la tercera cuestión planteada, se ha discutido qué sentido puede tener en el examen dogmático del delito repetir en dos pasos sucesivos dentro de la tipicidad el análisis del grado de conocimientos y capacidades del sujeto concreto. Es decir, una primera vez al aplicar la teoría de la imputación objetiva y una segunda vez al comprobar la presencia de dolo o imprudencia en la conducta. Esta controversia es, en esencia, la misma que se ha analizado en el apartado anterior, sobre si tiene sentido seguir distinguiendo entre tipo objetivo y tipo subjetivo en las infracciones dolosas y en las imprudentes, dentro del esquema más amplio de los diferentes niveles de imputación en el delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad). Sin embargo, en este apartado abordaremos el problema enfocando hacia los elementos de la imputación objetiva, en particular hacia el requisito de la “creación de un riesgo desaprobado”.

A propósito de dicha cuestión y a la vista de lo que alegan los críticos, pueden sugerirse dos opciones a fin de evitar repeticiones en el análisis del delito: por un lado, prescindir de la llamada “imputación objetiva”, empleando únicamente los conceptos de “imputación al dolo” e “imputación imprudente”; por otro

rior, por ejemplo debido a enfermedades mentales, etc.— no puede excluir o disminuir la antijuridicidad, sino solo la imputación personal de la misma”. Por nuestra parte, consideramos, sin embargo, como exponemos en esta y la siguiente página, que salvo que tales capacidades inferiores incidan en el ámbito concreto de la *imputabilidad* del sujeto, las restantes incapacidades parciales habrán de ser tenidas en cuenta precisamente para fijar el deber de cuidado normativamente exigible a esa persona, de modo que en algún caso podrán dar lugar a la atipicidad de la conducta, por resultar dicho nivel de cuidado exigible inferior al del ciudadano medio.

⁵⁷ Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 302.

⁵⁸ Si, en cambio, el sujeto concreto puede reconocer dichas incapacidades y es consciente de ellas, entonces, como ya se mencionó anteriormente en p. 18, coincidimos con la doctrina mayoritaria en afirmar que tal sujeto habrá realizado el tipo imprudente y será culpable por ello. Del mismo modo, vid. Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, p. 330, siguiendo a Stratenwerth: aquel que sea incapaz de mantener el riesgo de una actividad en los límites de lo permitido, en principio tendrá prohibido llevar a cabo tal actividad, incurriendo de lo contrario en la “*culpa en la asunción del riesgo*”.

⁵⁹ Nos alineamos, por tanto, con lo que Roxin (*Derecho Penal...*, cit., marginal 48) describe como una opinión minoritaria, aunque defendida por prestigiosos autores (a la sazón, por Jescheck, Jakobs o Stratenwerth); en particular, vid. Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, cit., pp. 15 y 16. En España la ha defendido, por todos, Zugaldía Espinar, *ibidem*, pp. 329 y 330 (“la cuestión... del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y la incapacidad individual debería incidir sobre el disvalor de acción, sobre el injusto típico, sobre la conducta prohibida, en definitiva”). En cambio, el propio Roxin se decanta por una concepción intermedia, como ya se dijo *supra* (vid. notas 48, 53 y 54), según la cual parece que todavía al nivel de la imputación personal habría que analizar, en parte, las “*formas de culpabilidad*”—esta era, de hecho, la terminología empleada por Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., en *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 457 y ss., incluyendo así el dolo y la culpa en el llamado “juicio de culpabilidad”, por oposición al “juicio de antijuridicidad”—. Una posición intermedia es la que adopta también, como ya se ha indicado, Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 303.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

lado, en cambio, sería posible prescindir del análisis del dolo y la imprudencia en el denominado “tipo subjetivo”, trasladando dicho análisis a la teoría de la imputación objetiva y, en concreto, a la determinación de su primer requisito (creación de un riesgo desaprobado).

En este punto, no obstante, es preciso tener en cuenta las diferencias existentes entre los tipos de injusto dolosos y los imprudentes, en parte ya mencionadas: de hecho, la mayoría de las opiniones críticas en torno al carácter superfluo y repetitivo de la teoría de la imputación objetiva se han vertido en el ámbito de los delitos dolosos, como comentaremos a continuación.

4.3.1. Por qué la teoría de la imputación objetiva se ha aplicado menos en relación a delitos dolosos (Frisch)

La teoría de la imputación objetiva se formuló para resolver problemas aparecidos en el análisis de los delitos imprudentes, por lo que ha sido un planteamiento mucho más reconocido y aceptado en el ámbito de la imprudencia.⁶⁰ En los delitos dolosos, en cambio, es poco frecuente que la jurisprudencia niegue en algún supuesto la relevancia penal del comportamiento basándose en los requisitos de la teoría de la imputación objetiva, como la creación de un riesgo desaprobado, etc.,⁶¹ y ello sucedería porque la mayoría de los sujetos que actúan dolosamente buscan métodos más efectivos que el simple recurso a la suerte o a la casualidad para producir un resultado lesivo. Por ello, los riesgos que crean con su conducta ya resultan muy claramente superiores a los permitidos. Del mismo modo se ha afirmado que, en los delitos dolosos, el quebrantamiento del rol social y jurídico por parte del sujeto es tan evidente que no necesita de mayor

explicación, mientras que en los delitos imprudentes es menos habitual que esto ocurra. Incluso, aunque el autor doloso únicamente esté suponiendo por error que su comportamiento bastaría para producir el resultado, la presencia del dolo ya será manifiesta, por lo que podremos apreciar al menos una tentativa aunque sea inidónea.⁶²

Los únicos supuestos en los cuales, según afirma Frisch, el Juez podría verse compelido a aplicar dicha teoría para dilucidar la existencia de un delito doloso serían aquellos en los que concurriera un riesgo para el bien jurídico cuyo carácter desaprobado o relevancia penal no fuera evidente desde la concepción de la imprudencia pero, sin embargo, sí hubiera sido ya captado y totalmente tomado en serio por el autor (dolo). Por ejemplo, se menciona el caso de un traficante que entregue al adicto droga de una extrema pureza, sin que tal adicto sea consciente de ello y produciéndose poco después su muerte por sobredosis; o bien, otro caso en el que el sujeto activo conozca, por sus especiales conocimientos médicos o personales, que la víctima a la que se suministra azúcar es diabética, sin que ella misma lo sepa, etc. La dificultad en ejemplos como estos, sin embargo, residirá en la prueba del dolo, de modo que, normalmente, tales casos solo llegarán a tramitarse como delitos imprudentes.⁶³ Por consiguiente, en principio, en los delitos dolosos no sería tan necesario acudir a la teoría de la imputación objetiva para determinar la tipicidad de la conducta.

4.3.2 Postura más radical de Kaufmann: en los delitos dolosos, la teoría de la imputación objetiva es superflua

Avanzando un poco más, varios autores se han aventurado a considerar superflua e inadecuada la teoría de la imputación objetiva, tanto en los delitos dolosos

⁶⁰ Cfr. Frisch, “*Zum gegenwärtigen Stand...*”, cit., p. 729. Incluso Hirsch, el principal crítico finalista a la teoría de la imputación objetiva, ha acabado admitiendo que, en los delitos imprudentes, su aplicación está justificada (así lo reseña Roxin, en “*Streitfragen...*”, cit., p. 728, mencionando una publicación de Hirsch de 2003).

⁶¹ Muy crítico con este aspecto, vid. Kaufmann, “*<Objektive Zurechnung>...*”, cit., pp. 258 y ss.: la fórmula de la imputación objetiva “lleva escrito en la frente que tiene su origen en los delitos imprudentes”, lo cual hace problemática su aplicación en los delitos dolosos, pues no está claro si aquellas cuestiones difíciles, propias de la imprudencia, para cuya resolución se ha creado la imputación objetiva (así, la infracción del deber de cuidado y el nexo entre esta y la producción del resultado) han de ser traspasadas ahora necesariamente al análisis del tipo en los delitos dolosos y si esa complicación resulta siquiera admisible.

⁶² Vid. Frisch, “*Zum gegenwärtigen Stand...*”, cit., p. 729, refiriéndose, naturalmente, a la jurisprudencia alemana.

⁶³ Frisch, *ibidem*, pp. 729 y 730.

como en los imprudentes.⁶⁴ En cuanto a los dolosos, destaca el punto de vista de Kaufmann, de acuerdo con el cual, en dichas infracciones es totalmente innecesario plantear, antes de la pregunta sobre el dolo, la cuestión acerca de si existe y en qué medida un peligro objetivo, a fin de averiguar si se da un nexo objetivo suficiente entre la conducta y el resultado (en el sentido de “realización de un riesgo desaprobado”).⁶⁵ Según Kaufmann, en la teoría de la imputación objetiva, la respuesta a esa pregunta sobre si una conducta es arriesgada o no depende de un pronóstico basado en la construcción normativa de un *hombrecito*: a saber, el “observador objetivo”, pero armado con los conocimientos del autor concreto (“¡solo con los que sean correctos!”, dice irónicamente Kaufmann).⁶⁶ Y precisamente de este aspecto se extraería la objeción más relevante que se podría hacer contra el principio del riesgo de Roxin: a saber, que para elaborar dicho pronóstico sobre el riesgo *es claramente indispensable el conocimiento del autor concreto como base para la valoración*.⁶⁷ Por lo tanto, de acuerdo con Kaufmann, el principio del riesgo no sería un principio de imputación *objetiva*, sino que estaría casi irremediabilmente enriquecido con elementos *subjetivos*, por lo cual, la cuestión sobre la imputación del resultado definitivamente se decidiría por medio del dolo.⁶⁸ De ahí que la pregunta sobre el pronóstico del riesgo debería reconducirse al contexto al que pertenece, es decir, al dolo; y es que, afirma

Kaufmann, “a la luz del dolo del hecho, la compleja problemática (de la imputación objetiva) se derrite como la nieve de abril al sol”.⁶⁹

Al parecer, según ha señalado Koriath más recientemente, esta crítica dirigida hacia la imputación objetiva como un planteamiento superfluo en los delitos dolosos “*no es de ningún modo nueva*”, sino que forma parte del grupo de argumentos que ya se alegaron en contra de la teoría de la adecuación. También es importante aquí el razonamiento, por parte de Kaufmann y otros, de que en el esquema de análisis del delito debe aplicarse una cierta “economía”, de modo que no se repitan pasos innecesarios o prescindibles.⁷⁰ En definitiva, como apunta Koriath, ya a propósito de la teoría de la adecuación fue demostrado que ese pronóstico del riesgo depende precisamente del conocimiento del autor concreto (y así lo hemos dejado establecido, en efecto, en el apartado 4.1) anterior), por lo que el planteamiento de Kaufmann a ese respecto es “bastante concluyente”.⁷¹ Otra cosa, desde luego, es la cuestión sobre el carácter superfluo de la imputación objetiva en los delitos dolosos, sobre la que debemos seguir discutiendo.⁷²

⁶⁴ *Vid.*, comentando estas críticas, Frisch, “*Zum gegenwärtigen Stand...*”, *cit.*, pp. 731 a 733, señalando que provienen de los afectos al finalismo.

⁶⁵ *Cfr.* Kaufmann, “*Objektive Zurechnung...*”, *cit.*, pp. 258 y ss. A juicio de Burkhardt (“*Conducta típica...*”, *cit.*, p. 157), igualmente, “no parece que tenga mucho sentido exigir en el tipo objetivo de los delitos dolosos no solo una creación de peligro sino que esta sea objetivamente cognoscible”.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 259 y 260. Él utiliza la expresión exacta de “*Homunkulus*” (“*homúnculo*”), es decir, un diminutivo despectivo del concepto de “hombre”. Y sigue apuntando con ánimo crítico que, para determinar las características de ese observador, “las extraeremos del alambique de nuestra Ciencia” (el Derecho Penal), de modo que “le atribuiremos un cierto nivel de conocimiento nomológico y ontológico en función de lo que esperamos como un resultado aceptable, asumible, de esa observación suya”. Así pues, parece querer decir Kaufmann, esa construcción del “hombrecito” resulta artificial y está previamente condicionada, por lo que ya sabemos o hemos valorado sobre cada caso.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 260.

⁶⁸ *Ibidem*; *vid.* asimismo Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, p. 160.

⁶⁹ Kaufmann, *ibidem*, p. 260 *in fine*, así como 263 y 264, 266 y 267. Prueba de ese carácter decisivo del dolo y de lo superfluo de la imputación objetiva, señala Kaufmann (p. 261), es que, si en un caso cualquiera concurre el dolo y este abarca la causación del resultado típico, así como todos aquellos elementos que permiten sustentar la imputación objetiva, “entonces la problemática se habrá resuelto por sí misma, por decirlo así”: la conducta será “peligrosa” precisamente porque es el medio conscientemente empleado para materializar el resultado; será también *per se* “jurídicamente desaprobada”, dado que, con el carácter doloso de la realización del tipo objetivo, ya va de suyo que se cumple toda la *tipicidad*, etc.

⁷⁰ *Cfr.* Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 160 y 161. El propio Koriath reconoce que “aquí no hay nada más que decir”, admitiendo que el argumento sobre la “economía en el examen” es plausible.

⁷¹ Koriath, *ibidem*, p. 161.

⁷² *Ibidem*: la pregunta sobre si el principio del riesgo es realmente superfluo y si Kaufmann, pues, lleva razón en eso “puede desde luego permanecer abierta; aquí interesa solo que el argumento sea correcto o no”.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

4.3.3. Postura de Puppe: la imputación subjetiva contiene la imputación del resultado al dolo

Esta autora sostiene, en sentido parecido a Kaufmann, que si bien la imputación del resultado al dolo se suele denominar “imputación subjetiva”, sería más correcto designarla como “imputación al dolo” o “imputación dolosa”, pues dicha imputación contiene el elemento objetivo de “la realización de un peligro doloso en el curso causal hacia el resultado”.⁷³ Por consiguiente, parece también reconocerse que la imputación subjetiva (dolosa) incluye dentro de sí la imputación del resultado a la acción del sujeto.

4.3.4. Reacción de Frisch a las críticas hacia “la creación de un riesgo desaprobado”

Ante las objeciones dirigidas contra la teoría de la imputación objetiva, han surgido réplicas por parte del propio Roxin y de otros autores,⁷⁴ entre los cuales destaca de nuevo Frisch. Este ha negado rotundamente que la referencia al dolo en la imputación objetiva haga superflua y permita ahorrarse en el análisis de la tipicidad la consideración de elementos objetivos (es decir, el riesgo jurídicamente desaprobado), del modo en que apuntan críticos como Kaufmann.⁷⁵ A saber, algunos de esos autores finalistas han señalado *otros criterios* que podrían servir para delimitar el ámbito de la tipicidad dolosa en lugar de dicha “creación de un riesgo desaprobado” (de modo que esta resultaría innecesaria como requisito). Por ejemplo, se ha sugerido que el criterio del “inmediato principio de ejecución” serviría para determinar a partir de dónde

comenzaría la tentativa punible;⁷⁶ o también, el criterio del “carácter socialmente adecuado de ciertos comportamientos” permitiría distinguir lo típicamente relevante de lo irrelevante.

Con respecto a tales criterios, en fin, Frisch se manifiesta en desacuerdo: a su juicio, en aquellos casos en los que el sujeto de la acción desee o acepte el riesgo de que se produzca un resultado, pero dicho resultado no pueda atribuírse a título de dolo, la verdadera razón por la que esto ocurrirá no será ninguna de las apuntadas por los críticos finalistas, sino, precisamente, el hecho de que esa acción del autor *no habrá producido un riesgo socialmente desaprobado*. Así ocurrirá, en particular, cuando estemos ante “comportamientos socialmente adecuados”: en efecto, realmente esta valoración viene a expresar que las creaciones de riesgo vinculadas a dichos comportamientos deben ser consideradas aceptables y, por tanto, atípicas (con base en consideraciones normativas).⁷⁷

Otro tanto sucederá, según Frisch, en relación al mencionado criterio de la tentativa. Por ejemplo, en el citado caso del sobrino heredero que maliciosamente convence a su tío para que viaje en un avión, estrellándose éste de forma totalmente imprevisible, la razón por la que no podemos atribuir el resultado a la acción dolosa del sobrino no reside en la ausencia de *un inmediato principio de ejecución* en su conducta (incluso, hasta podría apreciarse ya ese principio...), sino exclusivamente en la circunstancia de que “aquel peligro que el autor ha creado hasta la última fase antes de la causación del resultado, o que se ha desarrollado, carece del carácter de *desaprobado*.”⁷⁸ Por ello, añade Roxin, ese hecho de

⁷³ Es decir, “*Realisierung einer Vorsatzgefahr im Kausalverlauf zum Erfolg*”: cfr. Puppe, “*Der Aufbau...*”, cit., p. 400.

⁷⁴ A juicio de Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 161, sin embargo, tales contra-argumentos no siempre han sido formulados de un modo totalmente claro.

⁷⁵ Cfr. Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., pp. 226 y ss.; también expresamente en contra de ese planteamiento de Kaufmann, vid. Mir Puig, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 678: a saber, en todos los delitos dolosos, incluso los de dolo directo, debe seguir exigiéndose un determinado grado mínimo de riesgo típicamente relevante que se realice en el hecho. Asimismo, apunta Frisch que ese argumento sobre el carácter superfluo de la teoría de la imputación objetiva no aporta ninguna información acerca de los elementos objetivos del injusto en los delitos dolosos; y a su vez, también los planteamientos finalistas sobre el tipo (Kaufmann pertenece a esa corriente) admiten dentro de sus elementos pretendidamente *subjetivos* ciertos componentes que resultan ser *objetivos*, como por ejemplo el *dominio del hecho* dentro del *dolo* (en este sentido, precisamente para casos como el del “sobrino heredero” o el “infarto por impresión”, vid. Jescheck, H.-H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed. (traducido por Olmedo Cardenete, M.), edit. Comares, 2002, p. 308).

⁷⁶ Así se ha pronunciado Hirsch (2003, citado por Roxin en “*Streitfragen...*”, cit., pp. 728 y 729): los casos en los que la teoría de la imputación objetiva aprecia un riesgo permitido (es decir, un comportamiento socialmente considerado como conforme a la norma de cuidado) serían, en su opinión, supuestos en los que faltaría una tentativa punible, pues dicho comportamiento no constituiría un medio con el cual se pudiera poner en marcha un dominio rector del curso causal.

⁷⁷ Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 227.

⁷⁸ *Ibidem*.

antemano *no se puede consumir*, debido a la ausencia de una creación suficiente de peligro; y ello implica, lógicamente, que *tampoco se pueda intentar*; pero eso, dice Roxin, no tiene nada que ver con los problemas de la tentativa.⁷⁹

Es más, según alega Frisch, en casos como el ejemplo citado, en los que el sujeto activo puede deberse imaginado el curso causal más improbable y haber apostado totalmente por él, incluso los críticos de la teoría de la imputación admiten que no es de recibo castigar a ese individuo por un delito doloso consumado. Y para fundamentar esto, tales críticos optan por complementar los requisitos *subjetivos* en los que se suelen basar con *otros requisitos adicionales*, como por ejemplo, exigir que el autor disponga del dominio del hecho (lo cual no ocurrirá en supuestos como el del “sobrino heredero”).⁸⁰ Pero de este modo, defiende Frisch, ellos mismos están reconociendo tácitamente que no basta con criterios puramente subjetivos (dolo), sino que son imprescindibles filtros añadidos, semejantes a los que aporta la teoría de la imputación objetiva. Y, precisamente, el requisito del dominio del hecho (al igual que otros propuestos por tales críticos), aunque presentado como de naturaleza *subjetiva* (formaría parte del dolo, como voluntad de realización del hecho), tiene un núcleo *objetivo* en la medida en que ha de existir realmente, en la situación en la que actúe el sujeto. En consecuencia, la diferencia entre la teoría de la imputación objetiva y la postura de sus críticos se reduce esencialmente a que los dos bandos designan requisitos objetivos *distintos*.⁸¹

Como conclusión (con la que estamos de acuerdo), no basta un criterio subjetivo de imputación, no basta con esa alegada “función de filtro del dolo”, y precisamente la teoría de la imputación objetiva trata de excluir de la tipicidad casos como los mencionados a través de requisitos materiales.⁸²

Por consiguiente, una vez que hemos descartado la primera opción apuntada, consistente en prescindir de

la llamada “imputación objetiva” para sustituirla simplemente por la “imputación al dolo”, debemos ahora comprobar si es viable la segunda opción: a saber, la de trasladar el análisis del “tipo subjetivo” a la teoría de la imputación objetiva y, en concreto, a la determinación del riesgo desaprobado. Para ello, vamos a examinar fundamentalmente las posturas de Kindhäuser y de Burkhardt.

4.3.5. Postura de Kindhäuser: en todos los delitos, tanto dolosos como imprudentes, la teoría de la imputación basada en el juicio de un espectador objetivo es disfuncional

En sentido muy parecido a como lo hacía Kaufmann (aunque basándose en otras razones distintas a esa supuesta suficiencia del dolo alegada por los finalistas, ya desmontada), posteriormente Kindhäuser ha alegado que la teoría de la imputación objetiva en su formulación clásica no sirve para nada, es disfuncional y superflua, pues tiende a confundir los planos objetivo y subjetivo del tipo. Por ello, en su opinión, si se quiere evitar efectuar en dos pasos innecesarios y confusos la imputación en el tipo a través de los conocimientos concretos del autor, no existe ya espacio para la teoría de la imputación objetiva ni en los delitos dolosos ni en los imprudentes.⁸³

En particular, desde su punto de vista resulta inadecuado el método consistente en basar la tipicidad objetiva del comportamiento del sujeto concreto en la perspectiva de un observador ficticio (es decir, en una especie de “estado de conocimientos empírico general”). Así, entiende Kindhäuser que no tiene sentido preguntarse si un determinado resultado sería evitable para un destinatario objetivo, si después, en el caso concreto, el destinatario real no posee el necesario conocimiento para esa evitación. Por eso, solo se podrá hablar de que un sujeto ha infringido un deber cuando ese sujeto concreto tuviera el suficiente conocimiento

⁷⁹ Cfr. Roxin, “Streitfragen...”, cit., p. 729.

⁸⁰ En efecto, compruébese lo cierto de esta crítica en Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, cit., pp. 266 in fine y 267 (también comentado *supra*, en cita 75): según este autor, en casos excepcionalmente permitidos por el Derecho, en los que solo se crea un riesgo socialmente adecuado (como en el ejemplo del “sobrino heredero”), la vía de solución adecuada es la del dolo, pues en tales supuestos lo que falta es *la voluntad de realización del tipo* (según Welzel), o bien *la posibilidad de dominar el curso causal* (según Jescheck), etc.

⁸¹ Frisch, “Faszinierendes...”, cit., pp. 227 a 229.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cfr. Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”, cit., pp. 453 y ss. (“El tipo subjetivo...”, cit., pp. 11 y ss.).

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

de los hechos fácticos como para haber podido evitar el resultado.⁸⁴

Y viceversa: no parece razonable aplicar en primer lugar (en el análisis del delito) un filtro de los casos con relevancia penal que resulte más estricto y considere un menor número de casos como “jurídicamente desaprobados” (es decir, un criterio de imputación *objetiva* basado en el espectador *ficticio*, quien eventualmente podría tener *menos* conocimientos o capacidades que el sujeto concreto) para después tener que aplicar otro filtro que incluya un mayor número de casos como penalmente relevantes (en la medida en que tengan como sujeto activo a un individuo que, por sus conocimientos individuales, sí pudiera haber evitado el resultado).⁸⁵ En definitiva, un criterio de imputación objetiva será disfuncional si actúa como más restrictivo que un criterio de imputación según elementos tanto objetivos como subjetivos. En realidad, debería ocurrir lo contrario, que los criterios posteriores fueran más restrictivos que los anteriores.

Así sucedería, por ejemplo, cuando un resultado que objetivamente y en general resultara inevitable, sí fuera evitable para el sujeto concreto merced a sus conocimientos especiales, como en el supuesto mencionado de “las setas venenosas”: a saber, mediante el criterio del espectador objetivo, el caso quedaría fuera de la imputación y del tipo, mientras que si tuviéramos en cuenta también los conocimientos específicos del sujeto, el caso estaría incluido en el marco de la tipicidad y el individuo debería responder por el resultado. Y viceversa, sería inútil en un supuesto dado afirmar que el resultado fuera objetivamente evitable si para el autor concreto no lo era debido a que carecía de las capacidades necesarias para ello

(como el ejemplo anterior del “alumno de autoescuela en su clase n° 75”).⁸⁶ Ya llegamos a esta conclusión, si se recuerda, en el apartado 4.2.), aunque desde la perspectiva de los niveles de imputación “tipicidad”-“culpabilidad”.

Por todo ello, según *Kindhäuser*, lo importante en el análisis de un caso concreto será exclusivamente el estado de conocimientos del sujeto acerca del riesgo de realización del tipo y del resultado: es decir, el *dolo* o la *imprudencia* en relación con el conjunto de la realidad objetiva que el sujeto efectivamente conociera o debiera conocer.

En los delitos dolosos, en verdad, partimos de que el individuo ya conoce el considerable riesgo o probabilidad de causación del resultado que implica su conducta, ya sabe que el riesgo que está creando es evidentemente “no permitido” (de lo contrario, apreciaríamos imprudencia). Por consiguiente, una vez constatado que ese riesgo *objetivamente* no permitido (ej., administrar a otro un veneno) coincide con el objeto del dolo del autor (lo que el autor concreto sabe y quiere: ej., administrar a otro un veneno), y que “no contiene ninguna información adicional que el autor deba saber a fin de que se le pueda imputar a título de dolo la realización del tipo”, buscar o identificar tal riesgo *objetivo* no sirve para delimitar el desvalor de acción *más allá* de lo que lo hace la imputación a título de dolo.⁸⁷ En consecuencia, incluso por motivos de lógica es totalmente superfluo aplicar una teoría de la imputación objetiva para buscar un “riesgo *objetivamente* no permitido”.⁸⁸

Con objeto de demostrar esta afirmación, *Kindhäuser* propone cinco supuestos distintos.⁸⁹

⁸⁴ *Ibidem*, p. 455.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 455 y 456, citando a Jakobs como autor que también sigue esta postura. Con un planteamiento semejante, *vid. Mir Puig, “Sobre lo objetivo...”*, cit., p. 675: no cabe afirmar el injusto de un hecho, aunque concurra su parte subjetiva (es decir, los conocimientos especiales del autor sobre el riesgo de su conducta), si ha empezado por negarse su parte objetiva (es decir, la peligrosidad objetiva de la conducta) precisamente por no tener en cuenta dichos conocimientos especiales. Y lo mismo ocurriría para los delitos imprudentes si no se incluyesen en la parte subjetiva del tipo de injusto (objetivo) las facultades individuales especiales que pueden condicionar el nivel de exigencia de la norma para el sujeto concreto.

⁸⁶ Con el mismo criterio, *vid. Zugaldía Espinar, “La infracción del deber...”*, cit., pp. 331 y 332.

⁸⁷ En sentido semejante, *vid. Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”*, cit., pp. 266 y 267: la pregunta sobre si la creación dolosa de un riesgo de envenenamiento, por ejemplo, resulta “jurídicamente desaprobada” es superflua y carece de sentido, pues ya resulta contestada a través del tipo del homicidio doloso.

⁸⁸ *Id.* *Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”*, cit., pp. 456 y 457 (“*El tipo subjetivo...*”, cit., pp. 17 y 18). En todo caso, este autor distingue claramente (como ya lo hacía *Frisch*) entre el riesgo y el dolo, pues, aunque ambas son predicciones del resultado, el riesgo se compone de las circunstancias fácticas que en la situación concreta se dan, mientras que el dolo (o como también lo denomina *Kindhäuser*, “*el peligro relevante para el dolo*”) es el conocimiento de ese riesgo, de la probabilidad del resultado: es un síndrome del riesgo de acuerdo con la representación mental que de la situación dada se haga el sujeto.

⁸⁹ *Cf.* *Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”*, cit., p. 18.

- 1) Un caso en el que el sujeto no conociera suficientemente el riesgo objetivamente existente: en tal supuesto, habría que apreciar imprudencia. Aquí, Kindhäuser entiende que el juicio de un observador objetivo resultaría innecesario para hallar un desvalor de acción doloso, pues este decae, precisamente, por falta del dolo.⁹⁰
- 2) Un caso en el que el sujeto valorase erróneamente el riesgo como mayor de lo realmente existente y, en última instancia, no se produjera el resultado: en estas condiciones, únicamente sería reprochable al autor el desvalor de acción de la tentativa. Por consiguiente, también sería innecesaria la imputación objetiva, ya que el resultado no se habría producido y no habría que imputarlo (y en todo caso, indica Kindhäuser, resultaría irrelevante la valoración que realizara un observador objetivo, pues lo importante es lo que pensara el autor en la situación dada).
- 3) Un caso en el que el sujeto sí evaluase adecuadamente el riesgo objetivamente existente: nos encontraríamos con una conducta dolosa, si bien de nuevo sería innecesaria y superflua la valoración objetiva por parte de un tercero, según la teoría de la imputación objetiva.
- 4) Un caso en el que, según el pronóstico de un observador objetivo, sí se diera el riesgo de producción del resultado, pero, en realidad, no fuera así y el autor hubiera captado correctamente dicho estado del riesgo: en este supuesto, el autor no habría actuado de forma dolosa y, por tanto, no sería penalmente responsable de hecho alguno (o al menos, de ese hecho concreto).
- 5) Por último, un caso en el que, a juicio de un observador objetivo, no existiera un riesgo relevante, pero en realidad sí se diera tal riesgo de peligro y el autor concreto lo hubiera captado (por ejemplo, caso del sujeto que, sabiendo que un grupo terrorista planea poner una

bomba en un hospital —lo que es desconocido e imprevisible para la generalidad—, hiriese a una persona a fin de que esta fuera trasladada al hospital y allí muriera). En este supuesto, entiende Kindhäuser que, aplicando la teoría de la imputación objetiva, el autor debería quedar impune, pues objetivamente y *ex ante* no ha creado riesgo relevante alguno, ya que el curso causal que él ha introducido sería objetivamente inadecuado para producir el resultado. De ahí que, para corregir esta solución insostenible, necesariamente habrá que tomar en consideración a la hora de determinar el riesgo objetivo los conocimientos individuales del sujeto, por lo que quedaría clara la redundancia y carácter prescindible de la teoría de la imputación objetiva.⁹¹

Por todo lo expuesto, Kindhäuser propone la eliminación de la teoría de la imputación objetiva en cuanto que basada en el juicio de un espectador objetivo, pues, más sencillo que “ajustar esos filtros” para que la teoría deje de ser inútil o incluso disfuncional, será suprimirla directamente.⁹² Por ello, sitúa en la fase de *la tipicidad*, en general, el requisito de la “posibilidad de evitación del resultado de acuerdo con los conocimientos del concreto destinatario de la norma”.⁹³ En cuanto a los delitos imprudentes, más específicamente, ha de probarse cómo habría podido y tenido que comportarse alguien provisto de los conocimientos del autor de haber obedecido los estándares de un participante cuidadoso en el tráfico (es decir, se emplea para medir esa imprudencia una figura estándar, como exigencia normativa dirigida al comportamiento del sujeto, pero valorando si se cumple dicha exigencia o no en función del conocimiento real del que dispusiera el agente individual).⁹⁴ Y con respecto a los delitos dolosos, se afirma que la fórmula adecuada para fundamentar la imputación de un resultado al dolo del sujeto sería la siguiente: ese sujeto actúa de forma dolosa cuando considera su conducta tan arriesgada que, si él fuera un ciudadano que se

⁹⁰ *Ibidem*; en sentido parecido, *vid.* Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, *cit.*, p. 261: si el dolo falta en un determinado caso, resultará “dolorosamente superfluo” especular en el marco del tipo objetivo sobre si concurre o no la imputación objetiva.

⁹¹ *Vid.* Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”, *cit.*, p. 468 (“El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 17, 20 y 21).

⁹² *Vid.* asimismo de Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 8 y 9, 19 y 20.

⁹³ Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”, *cit.*, p. 457.

⁹⁴ Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 12 y 13.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

decidiera de forma racional y leal al Derecho, tendría que omitirla con el fin de evitar el resultado.⁹⁵

4.3.6. Punto de vista de Burkhardt (y de Kindhäuser): el criterio del espectador objetivo y su juicio acerca del peligro es prescindible y contrario al principio de economía en el análisis del delito

En particular, afirma también Kindhäuser que la teoría de la imputación objetiva se ha creado ella misma un problema teórico que antes no existía y es el de determinar *qué nivel de conocimientos se supone que ha de tener el tercero observador ex ante*, por medio del cual se mide la peligrosidad de la acción.⁹⁶ En efecto, a partir de dicha teoría se plantea la posibilidad de que tal observador objetivo, en una situación dada, tuviera *más* conocimientos o capacidades que el sujeto concreto, de modo que lo que para el tercero ficticio fuera previsible o evitable no lo fuera para el autor. Esto tendría como consecuencia, de acuerdo con la doctrina mayoritaria —que acoge la distinción tradicional entre tipo *objetivo* y *subjetivo*—,⁹⁷ afirmar la imputación objetiva en un caso de ausencia de dolo o imprudencia, ante lo cual nos preguntamos: ¿Es ello dogmáticamente admisible? ¿Tiene alguna utilidad metodológica o, más bien, como argumenta Kindhäuser, resulta disfuncional?⁹⁸

Puede demostrarse, en efecto, que esto representa un inconveniente mediante algunos ejemplos:

- 1) El conductor A, que no conoce la ciudad X, se introduce con el coche por una de sus calles (en realidad, una zona escolar), atropellando y causando la muerte de un niño al circular a velocidad inadecuada. A desconocía cuál era la velocidad máxima permitida debido a que un vándalo había arrancado el día anterior la señal que indicaba dicha velocidad y que delimitaba la zona escolar.⁹⁹ A partir de aquí, para poder determinar si la acción de A es típica del homicidio imprudente, la teoría de la imputación objetiva nos exige establecer en primer lugar qué sabía el observador objetivo: ¿Sabía él que en ese lugar debía existir una señal, que la había arrancado un gamberro, que aquella era una zona escolar...? Dependiendo de lo que este tercero supiera se tendrá que decidir si A habrá creado o no un riesgo jurídicamente relevante, si la acción será objetivamente y *ex ante* peligrosa o no; y al margen de esta cuestión, más adelante, quedará la de dilucidar si A, en persona, podría y tendría que haber evitado el resultado (imprudencia). Como vemos, el punto de vista del observador “objetivo” no aporta demasiado, pues lo trascendente para la punición es lo que el sujeto concreto pudiera y supiera.
- 2) B, que acaba de comprarse un coche en un concesionario oficial, decide estrenarlo conduciendo por autovía; sin embargo, el cuentakilómetros de dicho vehículo está estropeado y no marca más allá de los 100 km/h; B va subiendo de velocidad, sin percatarse y llegando a alcanzar los 180 km/h, hasta que atropella y causa la muerte de un motorista (posible

⁹⁵ Vid. Kindhäuser, en “*Objektive...*”, cit., 2005, pp. 540 y 541: él extrae dicha fórmula del criterio de la “relación de riesgo” —*Risikozusammenhang*— propio de la imputación objetiva, pero aplicada al tipo subjetivo. En esta obra algo anterior en el tiempo a las demás mencionadas; sin embargo, Kindhäuser aún no se inclina por descartar la teoría de la imputación objetiva en su formulación característica, basada en el espectador ficticio.

⁹⁶ Vid. Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, cit., p. 465 (“*El tipo subjetivo...*”, cit., p. 19).

⁹⁷ En concreto, también el Tribunal Supremo español en alguno de sus pronunciamientos ha separado expresamente los dos elementos de “imputación objetiva e imputación subjetiva”, indicando precisamente (al igual que ha sostenido Frisch) que “el dolo del delito no puede reemplazar a la causalidad ni a la imputación objetiva” (vid., por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 1993, así como las de 26 de noviembre y 22 de diciembre de 2008, en las que se distingue claramente entre el análisis de la imputación objetiva, en primer lugar, y el de la vertiente subjetiva o dolo, en segundo lugar).

⁹⁸ El propio Kindhäuser plantea este mismo interrogante en otros términos en “*El tipo subjetivo...*”, cit., p. 9: “¿qué sentido habría de tener la pregunta por la evitabilidad de un resultado por parte de un destinatario ficticio de la norma, si ya el verdadero destinatario (no) dispone del saber necesario para la evitabilidad del resultado? El derecho no es realizado por destinatarios ficticios, sino por destinatarios reales de normas”. En sentido parecido, vid. Mir Puig, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 675.

⁹⁹ Caso propuesto por Zugaldía Espinar, J.M., en Apuntes de clase de la asignatura *Derecho Penal, Parte General*, marzo de 2015, España; recogido por Ramos Tapia, “*Límites...*”, cit. (2ª ed., 2015), pp. 51 y 52. El mismo ejemplo planteado a la inversa (a saber, sujeto que sabe caída la señal de tráfico no la respeta) para sostener la misma tesis que aquí defendemos (es decir, la consideración de elementos tanto objetivos como subjetivos en el tipo imprudente), puede leerse en Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, cit., p. 331.

homicidio por conducción temeraria).¹⁰⁰ De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, a fin de determinar si B ha ocasionado un riesgo superior al permitido, el primer paso consistirá en establecer qué sabría un observador objetivo en esa situación: ¿Sabría a qué velocidad estaba conduciendo en realidad B? ¿Se encontraría dicho observador también sentado dentro del coche de B —lo que implicaría una percepción menos exacta de la velocidad— o fuera, de pie en el arcén o en otro de los coches de la vía? A partir de esta respuesta deberemos determinar, después, si en concreto B tendría que haber previsto y evitado la causación del accidente. Observamos de nuevo la complejidad que implica responder en este caso a la pregunta sobre “el espectador objetivo”, así como la poca utilidad que ello tiene a la hora de resolver el supuesto, en realidad.¹⁰¹

Así pues, como ha señalado Burkhardt, “el juicio de peligro *ex ante* realizado por un hombre razonable es un elemento superfluo” y una cuestión “que resulta ociosa (en todo caso a efectos de punibilidad) en el caso de que, por falta de cognoscibilidad para

el autor, no haya imprudencia”.¹⁰² De esa forma, *una teoría de la imputación que contenga elementos de los que no depende la imputación (y, con ello, tampoco el análisis del caso) vulnera el principio de economía (Sparsamkeitsprinzip)*.¹⁰³

En opinión de este penalista germano, en fin, la imprudencia precisamente se define como una valoración errónea que se debe a una falta del cuidado debido y posible por parte del sujeto concreto (imprudencia “individual”¹⁰⁴). Y para establecer que en un caso determinado haya existido dicha valoración errónea, habrá que comparar la representación mental que se haya hecho el autor concreto, por un lado, con la realidad según todos los conocimientos que estén disponibles en el momento del enjuiciamiento (conocimientos máximos, *ex post*), y no según la valoración que haya hecho un “hombre modelo abstracto”. En definitiva, habrá que analizar el caso *ex post* para concluir si la acción era arriesgada para el bien jurídico protegido y si el sujeto concreto, *de haber conocido efectivamente o haber podido conocer dicho riesgo y haber actuado pese a ello*, habría realizado una acción típicamente desaprobada, prohibida.¹⁰⁵ De

¹⁰⁰ Propuesto también por Ramos Tapia, “Límites...”, *ibidem*: dicha autora considera que en los dos ejemplos, 1) y 2), queda excluida la responsabilidad penal de los sujetos, pues faltan tanto el dolo como la imprudencia. A su vez, indica Ramos Tapia que “si alguien realiza una conducta que reúne los requisitos del tipo objetivo del delito pero no se aprecia en ella ni dolo ni imprudencia, no puede exigirse responsabilidad penal”, pues “ello violaría el principio de responsabilidad subjetiva”. Por consiguiente, entiende esta autora —en contra de nuestro criterio— que tiene sentido seguir distinguiendo entre tipo objetivo y subjetivo, y que serán factibles ciertos casos en los que, aun realizándose el tipo objetivo del delito (imputación objetiva, de acuerdo con el punto de vista de un observador objetivo), no se realice el tipo subjetivo por ausencia de dolo o imprudencia en la actitud individual del autor, según su estado específico de conocimientos y capacidades. No obstante, no aclara Ramos si en los dos ejemplos antes mencionados ocurriría precisamente esto, es decir, si en ellos se habría realizado o no el tipo objetivo del delito (eso dependería de lo que fuera previsible y evitable para el observador objetivo, ficticio, lo cual, como vemos, no es tan fácil de determinar).

¹⁰¹ Podemos recordar aquí, igualmente, las críticas dirigidas por Kaufmann hacia esta figura del “homúnculo” u “hombrecito”: *vid. supra*, cita 66. En el mismo sentido crítico, véase Zugaldía Espinar, “La infracción del deber...”, *cit.*, p. 329: “la concepción objetiva de la contrariedad al deber no permite dar criterios utilizables para la construcción de la imagen del hombre medio cuidadoso que, de esta forma, se convertirá en una abstracción de alto grado de difícil utilización en el caso concreto”.

¹⁰² A propósito de esto, Burkhardt (“Conducta típica...”, *cit.*, pp. 162 a 164, 192) indica que algunos autores han justificado el que se tengan en cuenta los conocimientos “esperados” del juzgador objetivo razonable (confundiendo así, según Burkhardt, la parte subjetiva del hecho con la parte objetiva) para cumplir con determinadas “exigencias de generalización, estandarización, tipificación, construcción de la norma e interiorización de la misma”. El propio Frisch afirmaba que tomar como decisivo solo el fragmento de realidad conocido por el autor significaría abandonar injustificadamente las exigencias de construcción de la norma y, por tanto, también las de internalización de la norma de conducta” (en *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Carl Heymanns, 1983, pp. 130 y ss.). En todo caso, a juicio de Burkhardt, resulta dudoso que ese pronóstico de peligro *ex ante* por parte de una persona modelo sea adecuado para contribuir a la construcción de la norma y también que sea necesario. De hecho, tales exigencias de construcción de la norma quedan suficientemente atendidas con una perspectiva *ex post* para determinar que se haya creado un peligro (tipo objetivo) y con una perspectiva subjetiva acerca del fragmento de realidad que haya conocido el sujeto concreto, para determinar si ha actuado dolosa o imprudentemente (tipo subjetivo). Así se sabrá, con carácter general y objetivo, si está permitido actuar como lo hizo el sujeto y si se actúa dolosa o imprudentemente cuando uno se comporta así, con los conocimientos del sujeto. De ese modo se permite la generalización y la construcción de normas (p. 192).

¹⁰³ Burkhardt, *ibidem*, pp. 161, 165 y 173.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 176 y 177, si bien Burkhardt sitúa esa *imprudencia individual* en el tipo subjetivo o en la culpabilidad, pero de ningún modo en el tipo objetivo.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 190 a 192 y también anteriores.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

ese modo, si se estima que la creación de riesgo de que se trate no tiene la entidad necesaria para ser prohibida o que debe tener preferencia la libertad individual del sujeto, entonces ya estará clara la ausencia de desvalor y no será necesaria la indagación sobre los conocimientos del sujeto concreto, que es más compleja. En todo caso, concluye Burkhardt, lo que carece de sentido desde la perspectiva de *la economía de análisis es la pregunta de si un juzgador objetivo y razonable habría reconocido el riesgo ex ante, porque, “aunque su respuesta sea negativa, sigue teniendo que plantearse la pregunta sobre los conocimientos (especiales) del autor”*.¹⁰⁶ Por eso, el punto de vista *ex ante* que resulta decisivo a la hora de valorar la tipicidad de la conducta, ya sea dolosa o imprudente, es *el punto de vista del sujeto que actúa*.¹⁰⁷

Del mismo modo, en cuanto a la *falta del cuidado debido* en que consiste la imprudencia, no puede decirse que el deber del sujeto concreto de obtener los conocimientos suficientes para adaptar el nivel de cuidado necesario en la situación sea un deber que dependa del “estado de conocimientos real o potencial de un hombre razonable”. Por el contrario, esa desatención se determinará (mediante criterios *normativos*) dependiendo de aquellas circunstancias que fueran *realmente conocidas* por el sujeto concreto y que le permitieran decidir cuál era el nivel del cuidado debido en ese contexto.¹⁰⁸

En lo que no podemos coincidir con Burkhardt, sin embargo, es en su afirmación de que, aunque esa valoración errónea sobre el peligro por parte del autor individual no se deba a una falta de cuidado interno por su parte, ello no afectará al tipo objetivo, que quedará intacto y seguirá existiendo pese a todo (si dicha valoración errónea se debiera a una falta de cuidado interno, dice Burkhardt, entonces se daría, además, la imprudencia). En efecto, a su juicio, el hecho de que

pueda calificarse el riesgo creado por el autor como permitido no suprime la realización del tipo objetivo del delito por parte de ese sujeto, de modo que dicha permisión tan solo limitaría el concepto de imprudencia (localizado en el tipo subjetivo o en la culpabilidad). En tal sentido, se entiende que concurre el tipo objetivo cuando la conducta realizada por el sujeto hubiera sido típicamente desvalorada —prohibida— en caso de haber existido en ese autor conocimiento de los riesgos vinculados a la misma¹⁰⁹ (riesgos que se valoran *ex post*). Además, entiende Burkhardt que la mera realización del tipo objetivo no constituye todavía parte del injusto (?) y que “hay un <riesgo permitido> que no impide la imputación objetiva, sino que (solamente) limita el alcance de la imprudencia individual”.¹¹⁰ De acuerdo con este punto de vista, en los ejemplos anteriores relativos a “la señal arrancada” y “el cuentakilómetros estropeado”, el sujeto activo, pese a haber realizado “el tipo objetivo”, no estaría cometiendo injusto jurídico-penal alguno, pues, aunque habría incurrido en una valoración errónea, previamente habría empleado el cuidado interno que él podía considerar necesario, de acuerdo con los conocimientos de los que realmente disponía.¹¹¹

Por nuestra parte, desde luego, aunque coincidimos con Burkhardt en desechar el criterio del hombre objetivo razonable como parámetro para establecer si se cumple o no el tipo objetivo, no podemos estar de acuerdo con ese postulado de que “el riesgo permitido no suprime la realización del tipo objetivo”. En efecto, como ya se ha indicado, optamos por eliminar la artificial distinción entre tipo objetivo y subjetivo y por considerar que el riesgo permitido —según el concepto que del mismo propone la teoría de la imputación objetiva— excluye la existencia de todo contenido de injusto en la conducta (entendiendo así el tipo del delito como tipo de injusto, lógicamente).

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 171 a 173, 190 y 192. En un sentido parecido podemos traer a colación la certera opinión de Maqueda Abreu, “El principio de responsabilidad subjetiva...”, *cit.*, p. 237: a propósito del caso fortuito (que consiste precisamente en la ausencia de injusto típico), ella niega que se pueda hacer depender su concurrencia de la ausencia de previsibilidad objetiva del resultado; al contrario, para Maqueda lo único que importa a la hora de apreciar esta “eximente” es la ausencia de dolo o imprudencia o, lo que es lo mismo, la imprevisibilidad subjetiva o personal del resultado fortuito para el autor concreto. Exigir a su vez una imprevisibilidad objetiva supondría introducir un factor de riesgo e inseguridad innecesario y perturbador.

¹⁰⁷ *Cfr.* Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, p. 192, aunque para Burkhardt esa valoración corresponde al tipo subjetivo del delito, no al tipo objetivo (que, en cambio, se determina *ex post*).

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 175, 178.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 177: indica Burkhardt que, “en todo caso, jamás debe identificarse la pareja de contrarios cuidado “externo” e “interno” con la diferenciación de cuidado “objetivo” y “subjetivo” que está implícita en la contraposición de falta de cuidado objetiva y subjetiva”.

¹¹⁰ Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, pp. 177 y 178, notas 95 y 96.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 188.

4.3.7. Respuesta a la pregunta c)

Finalmente, podemos constatar que no existe tanta contradicción como pudiera parecer entre los puntos de vista de Frisch, Kaufmann, Kindhäuser o Burkhardt, entre otros: en efecto, todos ellos convienen en que el pronóstico acerca del riesgo de causación del resultado y la determinación sobre si dicho riesgo es jurídicamente tolerable o no conlleva necesariamente un análisis del grado de conocimientos y capacidades individuales del sujeto concreto, pero conectado con el sector de la realidad objetiva, externa (independiente de la voluntad del individuo) que fuera cognoscible o conocida por dicho sujeto (filtro objetivo imprescindible). Que este análisis con componentes subjetivos (qué debía saber el individuo en cuestión, qué sabía y podía hacer, en realidad...) y referido, en todo caso a los sucesos externos, se sitúe en el llamado “tipo subjetivo” del delito o que se entienda colocado simplemente en el marco de la *tipicidad* y de la imputación (*dolosa* o *imprudente*) del resultado a la acción del sujeto, sin tener en cuenta esa distinción “objetivo-subjetivo”, no es tan decisivo (en este punto coincidimos con Koriath). Se trata más bien de una controversia *terminológica* y referida a la metodología en dicho análisis.

De cualquier manera, a fin de: a) economizar en los niveles de valoración del delito, b) eliminar disfunciones causadas por la aplicación de filtros más o menos estrictos (como señalaban Kindhäuser¹¹² y Burkhardt) y c) unificar el esquema de los delitos dolosos y el de los imprudentes, consideramos más adecuado prescindir de la construcción del “tipo subjetivo” en ambos casos. De esa forma, el análisis del estado de conocimientos y de capacidades del autor concreto se trasladará al momento de aplicación de la teoría de la imputación objetiva y, específicamente, a la determinación de su primer requisito: creación por parte del sujeto de un riesgo desaprobado, que constituye ya un primer contenido de injusto. Así, este elemento se valorará de acuerdo con los conocimientos y capacidades del autor concreto en la situación dada, los cuales completarán e integrarán el punto de vista del llamado “observador ficticio”, que, de ese modo, dejará de serlo.¹¹³ A partir de tal momento, el riesgo intolerable será apreciado con el calificativo de “doloso” o “imprudente” (aspecto que, por lo general, quedará patente ya desde esa fase, dada la muy distinta naturaleza y modalidades fenomenológicas con las que suelen presentarse ambas categorías de riesgo), y ello eliminará la necesidad de un segundo examen posterior.¹¹⁴

¹¹² *Vid.*, por ejemplo, en “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 9 y 10, donde Kindhäuser afirma que “agregar pasos redundantes al algoritmo de la imputación no se ajusta ni a necesidades prácticas ni a la exigencia de claridad científica”.

¹¹³ Una ordenación *distinta* de todos esos elementos (a saber, “creación de peligro desaprobada”, “tipo objetivo”, “injusto de conducta”, “dolo e imprudencia”) es la que realiza Burkhardt (en “*Conducta típica...*”, *cit.*, pp. 190 y 191), si bien él también parece defender la opción de aunar el concepto de “creación de peligro típicamente desaprobada” con el dolo y la imprudencia, aunque éstos específicamente como tipo subjetivo. De ese modo, con el concepto de “creación de peligro” se estaría delimitando “la acción típica como portadora del injusto de la conducta (por tanto, incluidos el dolo y la imprudencia)”. Y Burkhardt justifica esta interpretación, siguiendo a Hirsch, porque “la desaprobación jurídica de una acción <como injusto de conducta solamente puede decidirse como resultado de constatar una parte objetiva del tipo y una subjetiva>”. Por otro lado, Burkhardt insiste en que “la creación desaprobada de riesgo así entendida no es de por sí (todavía) un injusto”, sino una “cuestión perteneciente al tipo objetivo” y que “hay que juzgar recurriendo a todos los conocimientos disponibles expost”. A partir de ahí, “lo decisivo es si la acción a enjuiciar, en caso de haber existido conocimiento del riesgo unido a ella, constituye un injusto de conducta”. En consecuencia, para Burkhardt esa creación de riesgo es desaprobada “objetivamente” y constituye el tipo objetivo, siendo al mismo tiempo el contenido del dolo o la imprudencia, de manera que con una y otra parte quedaría completada la acción típica, ahora ya sí “portadora del injusto de la conducta” (en este sentido, *cf.* “*Conducta típica...*”, *cit.*, p. 190; también en el original alemán: “*Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex ante-Betrachtung — Zugleich ein Beitrag wider die <Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven>-*”, en *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, editado por Wolter, J. y Freund, G., C.F. Müller, 1996, pp. 99 a 134 -132 y 133-). Así pues, la diferencia entre esta postura y la estructura del tipo que nosotros proponemos reside en que nosotros preferimos eliminar la artificial distinción entre tipo objetivo y subjetivo, sosteniendo asimismo que la mera creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado ya comporta un contenido de injusto (desvalor de acción).

¹¹⁴ No coincide con nuestra conclusión, en cambio, la de Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 464, quien afirma que, dentro de los delitos dolosos, habría que distinguir entre la *realización del tipo objetivo* (en la que se incluiría la creación del riesgo desaprobado) y la imputación *subjetiva* de dicho objeto (= riesgo, tipo objetivo) al *desvalor de acción*. Por eso, a su juicio, la realización del tipo objetivo ha de ser previa a la *imputación al dolo* (sobre ello, *cf.* asimismo “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 18). En cualquier caso, Kindhäuser rechaza expresamente la distinción habitual y errónea entre tipo “objetivo” y tipo “subjetivo” (este referido al lado psíquico e intelectual de la acción) como dos evaluaciones del suceso jurídico-penalmente relevante, pues se trataría, acaso, de una mera clasificación entre dos modalidades de elementos del tipo *con una misma función pragmática*: a saber, *la valoración de un suceso como injusto penalmente relevante*. De ser así, dice Kindhäuser, tal diferenciación “objetivo-subjetivo” no sería imprescindible, e incluso puede que llegara a considerarse insostenible.

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

Debemos mencionar en este punto la opinión discordante de Kaufmann (1987), quien no estaba conforme con la posibilidad de que “el conocimiento del sujeto”, es decir, “toda la parte cognitiva del dolo” fuera incluida dentro de la imputación objetiva y, de ese modo, fuera desplazada hacia el tipo objetivo. A su juicio, en ese caso el cambio no se quedaría ahí, sino que todo el dolo del hecho (a saber, también el elemento volitivo, según su concepción del dolo) tendría que ser adelantado hasta el tipo objetivo e, incluso, hasta ocupar la primera posición en el análisis del delito. Solo de esta forma, afirmaba, se lograría una construcción dogmática más o menos clara para la secuencia de los elementos del delito. Ahora bien —consideraba Kaufmann—, tal alteración, aun siendo admisible, tampoco aportaría nada más allá de confirmar, asimismo desde el punto de vista externo, el papel decisivo que habría de corresponder al dolo. Por consiguiente, este autor se inclinaba por continuar con la tradición y por “ser práctico”, iniciando el examen del delito con el acostumbrado tipo objetivo pero, eso sí, rechazando situar dentro del mismo una teoría de la imputación objetiva.¹¹⁵

Por nuestra parte, empero, estimamos preferible la opción ya descrita en líneas anteriores: a saber, mantener sin duda la muy útil fórmula del riesgo y de la imputación normativa (según la formulación de Roxin), mas admitiendo que el conocimiento del autor sobre los hechos y, con ello, el dolo cognitivo y

natural, deben situarse ya en este plano de imputación, suprimiéndose con ello pasos posteriores y repetitivos. Tal punto de vista sí consigue aportar mucho al análisis del delito: a saber, simplicidad y claridad, conservando todos los criterios analíticos necesarios y eliminando al mismo tiempo una errónea duplicidad de argumentos.

4.4. ¿Para qué seguir manteniendo la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, si su eficacia garantista queda suplida ahora mediante el análisis de la imputación normativa (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad?

Pasando, por último, a la cuarta cuestión, sobre si resulta conveniente mantener la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva como garantía, podemos afirmar que dicho principio queda ahora absorbido por el análisis de la imputación *normativa* (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad.¹¹⁶ Como se ha expuesto en el segundo apartado de este trabajo, precisamente los tradicionalmente llamados “casos fortuitos” —como el del “niño suicida” o el caso de “la piscina”—, para cuya resolución solía emplearse dicho principio de “responsabilidad subjetiva”, son supuestos en los que falta ya la imputación que hemos denominado “normativa”.¹¹⁷

(cfr. “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 1 y 2; de hecho, así lo entendemos nosotros). Por el contrario, afirma Kindhäuser, entre el tipo objetivo y el subjetivo existe una determinada relación, y es que los elementos del tipo subjetivo se encuentran referidos, precisamente, a los elementos del tipo objetivo: es decir, el dolo y la imprudencia son las bases que sirven para atribuir al autor la responsabilidad jurídico penal por los hechos cometidos (= el objeto, el tipo objetivo); el dolo y la imprudencia como formas de conocimiento van referidos a la tipicidad objetiva de un comportamiento (*ibidem*, pp. 2 y 3). En este sentido, sin embargo, entendemos que Kindhäuser está volviendo inconscientemente al planteamiento clásico, y por él mismo criticado, de un riesgo *objetivo* valorable *externamente* y *de forma ajena al sujeto*, que se le puede atribuir en virtud de que haya sido *abarcado personalmente por su dolo o imprudencia*. En cambio, consideramos que la postura defendida en este trabajo resulta más coherente con la argumentación que se viene desarrollando: a saber, que no tiene sentido distinguir entre tipo objetivo y subjetivo, entre observador objetivo y externo y actitud interna del autor, pues esta última impregna toda la acción de dicho sujeto y ha de ser tenida en cuenta *directamente* a la hora de valorar la ilicitud de su conducta y de decidir si la misma es o no subsumible en el tipo penal, precisamente por ser dolosa o imprudente (además de haber causado empíricamente el resultado).

¹¹⁵ Cfr. Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, *cit.*, p. 265.

¹¹⁶ Aunque en otro contexto —a saber, con ocasión de explicar los casos tradicionalmente llamados “de preterintencionalidad”—, se manifiesta contrario a esta idea Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 59, 60 y 64: a su juicio, en los casos de preterintencionalidad “no estamos ante un problema de imputación objetiva, sino exclusivamente de aplicación del llamado <principio de culpabilidad>, que atribuye al dolo lo que es del dolo, a la imprudencia, lo que es de la imprudencia, y excluye de la responsabilidad penal los resultados imprevisiblemente sobrevenidos”. No obstante, a veces los tribunales, y así lo advierte Gimbernat, acuden para fundamentar su fallo en dichas situaciones a tal teoría de la imputación objetiva, pero eso lo hacen *innecesaria, superflua e inútilmente*.

¹¹⁷ Expresamente en contra, como ya se comentó *supra* (nota 5), *vid.* Maqueda Abreu, “El principio de responsabilidad subjetiva...”, *cit.*, pp. 236 y 237: esta autora niega que el caso fortuito constituya una causa de exclusión de la imputación objetiva, sino solo un ejemplo de negación del dolo y la culpa; sin embargo, el TS, en varias resoluciones de mediados de los 80 que la propia Maqueda cita, afirma que, una vez constatada la imprevisibilidad de las condiciones que determinaron el resultado fortuito en el caso de autos, *podría llegarse a negar la antijuridicidad del hecho por inexistencia de imputación objetiva*. Nosotros opinamos que precisamente el TS está en lo cierto.

Por consiguiente, no tiene ahora sentido que nos planteemos si concurren en dichos casos fortuitos el dolo o la imprudencia (análisis ulterior al que nos obligaba el principio de responsabilidad subjetiva) una vez hemos detectado que, en ellos, falta ya la posibilidad de imputar normativamente el resultado a su autor, de acuerdo con los conocimientos y capacidades individuales de tal sujeto. En definitiva, en supuestos como el de “la piscina”, el comportamiento de quien “ocasiona” el resultado es atípico porque nos encontramos ante un riesgo permitido, debido a que esa producción del resultado lesivo era totalmente imprevisible e inevitable, *ex ante*, para el sujeto en cuestión. De hecho, uno de los aspectos principales que caracterizan la mayor parte de los casos de riesgo permitido es que, en ellos, no existen ni dolo ni imprudencia, y viceversa: un riesgo puede, a veces, transformarse de jurídicamente permitido en jurídicamente prohibido cuando el mismo se haya creado mediante dolo o imprudencia.¹¹⁸

En definitiva, en esos supuestos en los que tradicionalmente la doctrina excluía el tipo subjetivo, lo que ya se deberá negar de antemano es la imputación normativa del resultado a la acción del sujeto,

ya que no se habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado respecto de la producción de dicho resultado.¹¹⁹ En efecto, resulta imposible encontrar casos en los que no concurren ni dolo ni imprudencia y sí se aprecie “imputación objetiva”.¹²⁰ De hecho, los únicos casos en los que algún sector de la doctrina sigue afirmando la imputación objetiva pese a la ausencia de dolo o imprudencia serían aquellos en los que el observador ficticio tuviera un nivel de conocimientos o capacidades superior al del ciudadano concreto (como podría suceder, según este punto de vista, en los ejemplos que hemos mencionado de “el cuentakilómetros averiado” o “la señal de velocidad arrancada por un vándalo”).¹²¹ Sin embargo, también estos casos citados constituyen, en realidad, supuestos de *riesgo permitido*.

En definitiva, es preferible escoger para la determinación de la imputación al tipo aquel filtro que resulte más exhaustivo, más útil y que cause menos problemas en el análisis, de modo que esos supuestos y todos aquellos en los que falten el dolo o la imprudencia sean catalogados como casos de ausencia de imputación normativa y, por tanto, de atipicidad de la conducta.¹²²

¹¹⁸ Desde luego también existen otros criterios, como valoraciones sociales, morales, culturales, que pueden convertir en socialmente aceptado un determinado riesgo, incluso uno doloso (ejemplo: los casos de lesiones en el deporte).

¹¹⁹ Un enfoque *a priori* distinto es el que adopta Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 87 y 88: a saber, aunque se declara partidario de la teoría de la imputación objetiva, señala que esta no debe sustituir a la tipicidad en su conjunto, ni venir a resolver todos los problemas en este nivel de imputación, incluso aquellos que desde hace mucho tiempo ya están resueltos, y bien resueltos. A ese respecto, indica, no tendría sentido identificar totalmente la imputación objetiva con la tipicidad, porque entonces la imputación objetiva sobraría. Por el contrario, Gimbernat considera que ya tenemos suficientes criterios (sin recurrir a esa teoría) para saber cuándo existe una acción, cuándo esta ha causado el resultado y cuándo la misma es dolosa o imprudente; de esta forma, “la imputación objetiva no es un criterio previo a los elementos subjetivos del tipo dolo o imprudencia”, sino posterior. Así pues, una vez apreciados todos esos requisitos de la tipicidad en la conducta en cuestión sería cuando, a veces, tendríamos que aplicar la teoría de la imputación objetiva al objeto de explicar por qué esa conducta determinada, dolosa o imprudente y aparentemente típica, no lo sería finalmente, al faltar dicha imputación objetiva. En definitiva, Gimbernat sostiene que podrían existir acciones dolosas o imprudentes en relación a las cuales, sin embargo, se negaría la imputación objetiva, pues entiende que esta constituiría (en todos sus elementos, pues) un paso posterior en el análisis de la tipicidad. Por nuestra parte, en cambio, y como expondremos *infra* en el apartado 5, aunque consideramos que la imputación del resultado a la acción (u omisión) del sujeto constituye un requisito que ha de ser examinado, efectivamente, en último lugar dentro de la tipicidad, entendemos que otro de los requisitos planteados por la teoría de la imputación objetiva, a saber, el de la “creación de un riesgo desaprobado”, si ha de ser analizado en primer lugar y a la sazón al mismo tiempo que la determinación del carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto (desvalor de acción). Por consiguiente, quizás bajo tal interpretación la postura defendida por Gimbernat no resulte tan dispar, en última instancia, a la que planteamos en estas páginas.

¹²⁰ De esa forma, opina asimismo Zugaldía Espinar, J.M. (Apuntes de clase de la asignatura *Derecho Penal, Parte General*, junio de 2015, España); a su juicio, el principio de responsabilidad subjetiva seguirá teniendo, en todo caso, una utilidad fundamental: a saber, el hacer posible que se castiguen con distintas penas las diversas actitudes subjetivas del autor frente a la realización del tipo objetivo (más gravemente el dolo, con menos gravedad la imprudencia). En mi opinión, precisamente, esta tarea podría llevarse a cabo sin necesidad de seguir recurriendo a la construcción del tipo subjetivo, simplemente calificando como *doloso* o como *imprudente* el riesgo desaprobado que haya creado el sujeto (en el primer requisito de la teoría de la imputación al tipo).

¹²¹ Defiende este punto de vista, por todos, Ramos Tapia, “*Límites...*”, *cit.* (2ª ed., 2015), pp. 51 y 52.

¹²² A ese respecto, *vid.* Frisch (“*Faszinierendes...*”, *cit.*, pp. 233 a 237: en casos de disminución del riesgo, de riesgo socialmente adecuado o irrelevante, etc. (semejantes a los casos fortuitos, a mi juicio), al no haberse producido más que un riesgo tolerado, la conducta no sería siquiera *típica o injusta*, con lo que, pese a haberse producido un *resultado*, no nos llegaríamos a plantear problema alguno de imputación objetiva).

¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

De acuerdo con esto, entonces, puede ser que al principio de responsabilidad subjetiva le siga correspondiendo alguna utilidad dogmática, pero ya con distinta ubicación y sentido: a saber, tendremos en cuenta este postulado (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) a la hora de determinar si concurre o no el primer requisito para la imputación normativa (tipicidad), que es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Así pues, el principio de responsabilidad subjetiva habrá de pervivir como exclusión de la responsabilidad penal objetiva y como negación de la tipicidad de cuantos riesgos se creen sin conocimiento ni cognoscibilidad debida, bajo el siguiente tenor: “no hay pena sin la creación, ya sea con dolo o por imprudencia, de un riesgo que resulte ser jurídicamente relevante, desaprobado”.¹²³

5. Propuesta para una nueva estructura de la tipicidad

Dando un paso más en la argumentación que venimos desarrollando, pretendemos proponer un nuevo esquema para el análisis de la tipicidad en el delito, con la intención de someter dicha propuesta al debate científico-penal. De acuerdo con ese esquema, el examen de la imputación objetiva del resultado a la acción, según la teoría del mismo nombre, supone un paso distinto y posterior al paso inicial de determinar la conducta prohibida (o lo que podría denominarse, en una terminología más clásica, el desvalor de acción). Asimismo, en la nomenclatura característica del principio del riesgo de Roxin, estaríamos hablando de examinar en primer lugar la creación de un riesgo jurídica y socialmente desaprobado.

Para identificar dicho elemento (a saber, el de la conducta prohibida, el desvalor de acción o la

creación de un riesgo desaprobado) en el análisis de un hecho o comportamiento determinado, será preciso observar tanto los aspectos externos (objetivos) como los aspectos internos (subjetivos) de tal comportamiento, pues tanto unos como otros son relevantes para esclarecer si esa conducta del sujeto manifiesta un contenido de injusto suficiente de cara a su reproche penal.¹²⁴

En el sentido expresado, por tanto, se sostiene que la cuestión acerca de cuál sea el comportamiento desaprobado (y en esa medida, ya típicamente adecuado) es anterior a la cuestión sobre la imputación del resultado que dicha conducta haya podido ocasionar. Se trata, en primer lugar, de apreciar si nos hallamos ante un comportamiento incorrecto, jurídicamente reprochable desde el punto de vista de una concreta norma sancionadora.¹²⁵ La necesidad de dar este primer paso por separado se hace evidente si reflexionamos sobre el tipo de la tentativa, que lógicamente no puede incluir un componente de imputación del resultado efectivo de lesión, pero que, sin embargo, requiere también de una delimitación en cuanto a la responsabilidad penal de su autor, a través de la valoración del contenido de injusto o desvalor de acción que implique dicha tentativa. Por consiguiente, el primer requisito de cualquier tipo de acción consistirá en trazar los límites entre lo jurídicamente permitido y lo prohibido en el ámbito de actividad de que se trate, con cierta independencia respecto a la imputación del resultado causado a la citada acción (cuyo análisis acontecerá después, a través de los requisitos 2º y 3º de la teoría de la imputación objetiva). Tal delimitación deberá realizarse, de acuerdo con lo propuesto por Frisch, teniendo en cuenta la ponderación entre las libertades individuales y el bien común; entre autonomía y libertad de la persona, por un lado, y seguridad, control y protección de los intereses generales, por el otro.¹²⁶

¹²³ En esa fórmula, la referencia a la creación dolosa de un riesgo jurídicamente relevante ha de entenderse en el sentido de que el dolo (conocimiento) ha de abarcar tan solo las circunstancias fácticas que conforman la situación de riesgo para el bien jurídico o para el objeto material: es decir, se trata de un dolo natural, que no incluye el conocimiento por parte del sujeto del carácter jurídicamente desaprobado de la conducta.

¹²⁴ De esta opinión, vid. Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, cit., p. 61, marginal 77a; Frisch, “Faszinierendes...”, cit., p. 231; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 178, marginal 57.

¹²⁵ Cfr. Freund, *ibidem*, p. 59, marginal 73.

¹²⁶ De acuerdo con Frisch, en efecto, como un paso absolutamente distinto e independiente de la aplicación de los criterios de la imputación objetiva (es decir, un primer presupuesto material para la afirmación del injusto imputable) habría que determinar qué conductas serían prohibidas y cuáles justas según “el contenido del Derecho”: es decir, según la ponderación entre intereses y principios contrapuestos, según la decisión sobre el ámbito de extensión de las libertades y los derechos de los ciudadanos. Y tal distinción precisa entre una conducta justa, por un lado, y otra injusta pero, quizás, no susceptible de que se le impute el resultado (con lo cual, también quedaría impune), por el otro, no sería irrelevante, pues al ciudadano en la práctica le importará saber si ha obrado de modo jurídicamente irreprochable o no (es decir, sin ni

A partir de lo anterior, debemos observar en el análisis del tipo los siguientes elementos, los cuales resultan comunes al delito doloso y al imprudente:

Desvalor de acción = acción peligrosa que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, ya sea de forma consciente (dolo) o con posibilidad de conocer *ex ante* la probabilidad de ese hecho ilícito o de un resultado dañoso evitable (imprudencia). En la terminología más clásica para el delito imprudente, incluiríamos en este apartado la denominada “infracción del deber de cuidado”.¹²⁷ De esa forma estaríamos optando por una concepción personal del injusto típico.

A propósito de este elemento, habría que analizar en cada caso concreto una serie de causas por las cuales podría quedar excluida la presencia de todo desvalor de acción. Tales causas serían, entre otras, precisamente la ausencia de dolo o de imprudencia en la conducta del sujeto (como se ha expuesto en este trabajo); o bien, la calificación del peligro producido por el sujeto igualmente como un riesgo socialmente adecuado y permitido por tratarse, por ejemplo, de un supuesto de autopuesta en peligro consciente por parte de la víctima, etcétera. Asimismo, estarían entre dichas causas de exclusión del injusto la disminución del riesgo, la ausencia de riesgo relevante o la prohibición de regreso.¹²⁸

Desvalor de resultado, analizándose el contenido de injusto que suponga la lesión efectiva de un objeto material.

Imputación normativa del desvalor de resultado, en su caso, *al desvalor de acción* a través de dos criterios esenciales esgrimidos por la teoría de la imputación objetiva: a) concreción o materialización del riesgo causado por el sujeto en el resultado (en lugar de cualquier otro factor de riesgo eventualmente

concurrente en la situación); b) inclusión de dicho resultado en el ámbito de protección del tipo penal infringido.

En conclusión, mediante este sencillo, coherente y claro esquema conseguimos economizar en los niveles de análisis aplicables al examen del delito y, al mismo tiempo, eliminar las disfunciones ocasionadas a través de una absurda división entre el enfoque objetivo (basado en el juicio de un tercero observador u “hombre modelo”) y el enfoque subjetivo, ambos supuestamente de necesaria aplicación a los hechos cometidos. La finalidad es, desde luego, poder determinar la tipicidad sin incurrir en complejidades de difícil justificación y escasa utilidad. Confiamos en haberlo logrado a través de tal propuesta.

siquiera haber realizado una *conducta prohibida*). Así, desde esta perspectiva, la teoría de la imputación objetiva tan solo explicaría la posterior relación entre el riesgo realizado (*conducta desaprobada*) y el resultado producido por materialización de dicho riesgo. Cfr. Frisch, “Faszinierendes...”, cit., pp. 233 a 237.

¹²⁷ En este sentido, interesa tener en cuenta la opinión de Burkhardt (“*Conducta típica...*”, cit., pp. 170 y 171), según el cual, precisamente la teoría de la creación desaprobada de riesgo (dentro de la teoría de la imputación objetiva) lleva a que se escoja un concepto simple y no complejo de imprudencia, contribuyendo a una concentración de parcelas en este ámbito (si bien, de acuerdo con Burkhardt todavía no estaría clara la relación existente entre imprudencia y creación desaprobada del riesgo). De ese modo, el concepto simple del que partiríamos ahora sería el de la imprudencia como una sola lesión (simple) del deber de cuidado, una valoración errónea que se debe a una falta del cuidado debido y posible por parte del sujeto concreto (imprudencia “individual”). Al mismo tiempo, se abandonaría el concepto complejo, basado en la desatención de un deber de cuidado *objetivo* o *externo* (estamos de acuerdo con todo este planteamiento de Burkhardt en la medida en que también abandonamos el criterio específico del “hombre modelo objetivo”). En cualquier caso, dicho autor rechaza que ese elemento de la imprudencia individual, que a su juicio “se corresponde categorialmente con el del dolo”, pueda clasificarse en el tipo objetivo. Por nuestra parte, una vez abandonada la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, sería posible identificar tal concepto de imprudencia individual, en el sentido expresado, con el contenido del tipo de injusto de los delitos imprudentes (creación imprudente del riesgo).

¹²⁸ Vid. sobre ello, por todos, Roxin, *Derecho Penal...*, cit., pp. 365 a 373, 1006 a 1008.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES