

APA:

STRUENSEE, E. (2023). Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (37), 47-67.

ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA “IMPUTACIÓN OBJETIVA” COMO CATEGORÍA COMPLEMENTARIA DEL TIPO OBJETIVO*

EBERHARD STRUENSEE**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los motivos dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva. 3. La relación de imputación entre acción y resultado. 3.1. La intención frente al resultado improbable. 3.2. La desviación de la representación del autor del curso de acontecimientos objetivos. 3.3. Autopuesta en peligro por responsabilidad propia. 4. ¿Elementos subjetivos en el tipo objetivo? 5. Perspectiva. Bibliografía.

RESUMEN:

El autor, en el presente artículo, busca explicar que la teoría de la imputación objetiva carece de razón de ser junto a un tipo (ilícito) subjetivo. Para ello, analiza las pretensiones y posiciones sistemáticas de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho Penal; ya que, según su perspectiva, dicha teoría persigue un importante deseo sistemático en la estructura del delito.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, ilícito, imputación objetiva, tipo objetivo, intención, autopuesta en peligro, elementos subjetivos.

TITLE: On the Legitimacy of “Objective Imputation” as a Complementary Category of the Objective Type.

ABSTRACT:

In this article, the author argues that the theory of objective imputation lacks a reason for being when considered alongside a subjective (illicit) type. He analyzes the systematic aims and positions of the objective imputation theory in Criminal Law, as he believes this theory pursues a significant systematic objective within the structure of crime.

* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 6, 1995, pp. 751-772.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Münster.

KEYWORDS: Criminal Law, illicit act, objective imputation, objective type, intention, self-endangerment, subjective elements.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la imputación objetiva se ocupa de problemas principales de la estructura general del delito. Según la opinión de sus partidarios, ella se ha convertido en la teoría ampliamente dominante en la ciencia del derecho penal postfinalista. En la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes por el contrario, ella busca aún, en vano, un reconocimiento¹. Sus partidarios, en verdad, se broncean anticipadamente a la media luz de expresiones de la Corte Suprema argumentativamente débiles y que necesitan ser interpretadas.

En un viraje decisivo en contra del presunto “subjetivismo” de la teoría finalista del tipo e ilícito² la teoría de la imputación objetiva propaga el grito de guerra “¡regresemos al tipo objetivo!”. Junto a ello concede, sin embargo, la consecuencia más manifiesta del finalismo: el dolo es un elemento constitutivo del tipo del delito. Con ello vale: quien cuenta al dolo en el tipo subjetivo, es finalista³. *Protestatio facto contra ria non valet*.

En el nivel del tipo, la teoría de la imputación objetiva no queda, por lo tanto, atrás de la teoría final de la acción. Ella, por el contrario, puja en un “hiper-subjetivismo”, dentro del cual -forzosamente- toma en cuenta “lo subjetivo en la imputación objetiva”⁴, es decir, lo admite como elemento conceptual del tipo objetivo. El finalismo nunca se extravió en misterios semejantes.

Mi contribución tiene como fin explicar que la teoría de la imputación objetiva carece de razón de ser junto a un tipo (ilícito) subjetivo. La prueba de ello requiere, primero, echar una breve mirada al desarrollo dogmático histórico de las categorías generales del hecho punible en este siglo, pues sólo de este modo se puede comprender las pretensiones y la posición sistemática de la teoría de la imputación objetiva.

1 De otro modo en Austria, cf. TRIFFTERER, *Klug-Festschrift*, 1983, pp. 419, 423.

2 ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 2ª ed., 1994, § 24 y 25.

3 Cf. NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 11; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1954 (versión castellana de JUAN CÓRDOBA RODA, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962).

4 ROXIN, *Chengchi Law Review* (en adelante CLR), volumen 50 (1994), p. 232.

2. LOS MOTIVOS DOGMÁTICOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La división entre ilícito y culpabilidad se sitúa al comienzo del desarrollo moderno de la teoría general del delito. La prescripción contenida en estas categorías -en una caracterización esquemática tosca- fue, inicialmente, que todo lo “objetivo” pertenecía al ilícito, todo lo “subjetivo” a la culpabilidad. La diferenciación entre elementos objetivos y subjetivos del hecho punible se refería a la psiquis del autor: el ilícito quedaba constituido sólo por elementos (objetivos), que se encontraban fuera de la representación del autor⁵.

Este claro esquema fue socavado al poco tiempo. Primero fueron los elementos subjetivos de la justificación -la voluntad de defenderse en la legítima defensa, etc.-, que no encontraban lugar en este cuadro⁶. Después del descubrimiento de la categoría del tipo⁷-un caso de percepción de “formas” jurídicas-, que Beling ensayó para limitar la descripción de elementos puramente objetivos del comportamiento típicamente delictivo, se vio al poco tiempo que determinados tipos delictivos no podían ser delimitados frente a otros tipos, ni caracterizados, sin recurrir a elementos psíquicos del autor. El mejor ejemplo es la intención de apoderamiento que diferencia al hurto (al igual que la apropiación indebida y el robo) de los casos, en su mayoría no punibles, de *furtum usus*.

El paso siguiente fue llevado a cabo por la teoría final de la acción, la que ante todo fijó la vista en la estructura ontológica de la acción. Ella desarrolló un concepto de acción e ilícito que no sólo podía integrar los hasta ese momento erráticamente casuísticos elementos subjetivos. Este concepto obtuvo forzosamente también un nuevo orden de los elementos del delito, a saber, el reconocimiento del dolo (y de la imprudencia) como elementos del tipo del delito.

Este desarrollo alcanzó su punto culminante en la reunión de la teoría final de la acción con la teoría de las normas⁸. Ella primero presentó conceptualmente

5 Sobre el desarrollo histórico-dogmático, cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 48 (versión castellana de SERGIO YAÑEZ Y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal alemán, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970; CEREZO MIR, *ZStW*, 84 (1972), p. 1033 (con numerosas referencias a obras en lengua castellana); HIRSCH, *ZStW*, 93 (1981), p. 831 y *ZStW*, 94 (1982), p. 239; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4ª ed. 1988, §22, pp. 179 y siguientes.

6 GRAFZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905, p. 105; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911 (reimpresión, 1966). Sobre el desarrollo posterior, cf. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957.

7 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

8 Esta reunión ha sido sobre todo elaborada y profundizada por ARMIN KAUFMANN en sus

las relaciones recíprocas entre las estructuras ontológicas y su valoración y amarró los elementos subjetivos del tipo y de la justificación en el sí excluyente concepto de una teoría personal del ilícito.

La ciencia ha aceptado hoy, en su mayoría, el resultado de la teoría personal del ilícito; su fundamento teórico -la teoría final de la acción- es, sin embargo, continuamente negado. Ello sorprende aún más, dado que la teoría dominante hasta ahora no ha desarrollado, ni siquiera una vez intentado, un concepto contrario, que teóricamente fundamentado resulte apto para explicar por qué las categorías reconocidas de tipo y antijuridicidad no pueden evitar la psiquis del autor. Con ello se encuentra la teoría dominante en el nivel teórico de la dogmática pre-finalista, que se dispersó en una casuística de “elementos subjetivos del ilícito”. Un concepto contrario semejante no es tampoco el deseo de la teoría de la imputación objetiva; ella toma, por cierto, los resultados de la teoría personal del ilícito, y se, comprende así misma como una semejante⁹, pero creer haber descubierto en la “imputación al tipo objetivo” un peldaño de valoración desatendido por la teoría personal del ilícito en el ámbito de lo “objetivo”. Sin embargo, los fenómenos clasificados en este peldaño de valoración no sólo forman un mero conglomerado de problemas heterogéneos -como lo muestra un vistazo por las interpretaciones corrientes¹⁰-, sino que son, en cambio impregnados de elementos subjetivos casuísticos y atóricos. A ello se le debe agradecer el hasta hoy tozudamente defendido déficit de la dogmática de la imprudencia.

La mudanza del dolo desde la culpabilidad hacia el ilícito no ha alterado el tipo objetivo del delito doloso en cuanto a su contenido; no había para ello ninguna necesidad. En cambio, la pregunta sobre el comportamiento ilícito en los delitos imprudentes condujo a que en la fundamentación del ilícito tampoco se pudiera permanecer en la mera causación (en el sentido de la teoría de la equivalencia) del resultado. Como elementos determinantes, que constituyen el ilícito del delito imprudente fueron descubiertos y elaborados con mayor detalle la violación al cuidado y la relación de antijuridicidad.

obras *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954 (versión castellana de ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Teoría de las Normas, Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, 1977) y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959; resumidas en *Welzel-Festschrift*, 1974, pp. 393 y siguientes.

- 9 ROXIN, *Strafrecht, AT* (2ª ed., 1994), § 10/88; RUDOLPHI, *System. Komm.* (6ª ed 23ª entrega, 1994), antes de §32, N° 5; OTTO, *Grundkurs Strafrecht* (Allg. Strafrechtslehre, 4º ed., 1992), p. 81.
- 10 JESCHECK, *Lehrbuch, AT*, §28 IV, p. 257 y ss.; ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 11 B, p. 298; WESSELS, *Strafrecht, AT*, 24ª ed., 1994, §6 II, p. 49 y ss. JAKOBS coloca a la dogmática de la Parte General, en su conjunto, bajo el título “la teoría de la imputación”, cf. su manual *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 2º Libro, p. 123 y siguientes.

La teoría de la imputación objetiva ha cambiado el nombre de estos elementos, y en vez de ellos habla de “creación de un peligro jurídicamente relevante, o sea, prohibido” y de “realización de este peligro en el resultado típico¹¹”. De este modo su traicionera procedencia de la dogmática de la imprudencia es terminológicamente encubierta; ello facilita el sugerir su relevancia práctica para el delito doloso.

Estos elementos, según el estadio de la dogmática de la imprudencia de entonces, hasta hoy no abandonado por la opinión dominante se insertaron, forzosamente, en el tipo objetivo. Pues la esencia de la imprudencia ha sido ante todo determinada y continúa siéndolo hoy, desde la perspectiva de la ausencia de dolo, es decir, en forma negativa: se trata de un delito que no presenta dolo y, por lo tanto -aquí viene un cortocircuito-, tampoco tipo subjetivo.

El desarrollo posterior ha llevado a que el tipo objetivo del delito imprudente echara abundantes e interesantes pétalos, mientras que el del delito doloso permaneció en su clásica pobreza. La teoría de la imputación objetiva aspira a eliminar esta desigualdad, e imputar al delito doloso también aquello que es apto para el delito imprudente. El anhelo de la asimilación de los tipos objetivos se basa esencialmente en dos motivos.

Por un lado, se trata de una cierta necesidad de armonía para la unificación de las estructuras dogmáticas. Al mismo tiempo, ella es regida por la preservación formal de la exigencia tradicional de identidad de los presupuestos objetivos para todas las formas de delito, aún cuando el contenido sea modificado y aumentado.

Por otro, el enriquecimiento del tipo objetivo en el delito imprudente parece demostrar que existe, en efecto, algo como un “ilícito objetivo”, que, en relación al tipo objetivo (tradicional) del delito doloso, es caracterizado a través de elementos complementarios. Esto fue, y es, el motivo de la teoría de la imputación objetiva para retocar también el tipo objetivo del delito doloso en su contenido. Con esto ella hace suyo, sin examinarlo, el prejuicio dogmático de que en estos presupuestos complementarios del ilícito imprudente se trata de lo “objetivo”. Se coloca de este modo, antojeras que le impiden echar una mirada a la pregunta de si la unidad de la estructura del ilícito no debe ser buscada en la dirección contraria, señalada a través de la teoría de los elementos subjetivos del ilícito y de la relevancia de la finalidad de la acción.

11 JESCHECK, *Lehrbuch, AT*, § 28 IV, p. 257 y s.; RUDOLPHI, *System. Komm.*, advertencia preliminar 57, antes de § 1; ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 11 B, N° 39.

3. LA RELACIÓN DE IMPUTACIÓN ENTRE ACCIÓN Y RESULTADO

En lo que sigue sólo se debe y puede tomar un sector de los problemas usurpados por la imputación objetiva, y por cierto, aquellos que conciernen a la relación entre acción y resultado. Armin Kaufmann ha presentado una primera, y hasta ahora única, crítica extensa y fundamental a esta nueva teoría¹²; ella se limita, en verdad, al ámbito de los delitos dolosos¹³. La crítica ha inducido a Roxin a una crítica contraria¹⁴, que recientemente él ha ampliado en una intensa defensa de la teoría de la imputación objetiva¹⁵. Más allá de eso, Roxin es el único representante de esta teoría que se ha ocupado de las principales objeciones en su contra. Por ello se justifica que los argumentos que siguen se concentren en forma considerable en tesis de Roxin, quien es el más conocido y significativo defensor y autor, *intra et extra muros*, de la moderna teoría de la imputación objetiva¹⁶.

La necesidad de introducir a la categoría de la “imputación objetiva” es en primera línea fundamentada con el desvirtuado argumento de que la teoría de la equivalencia extendería ilimitadamente la realización del tipo objetivo¹⁷. Este argumento pudo haber tenido una cierta plausibilidad cuando la causación del resultado típico a través del actor decidía si una norma de comportamiento había sido lesionada, si -frente a la ausencia de una causa de justificación- el ilícito se encontraba fundamentado, y si se había actuado en forma antijurídica. Después de que el dolo y la imprudencia fueran reconocidos como elementos del tipo (y con ello como elementos de la lesión a la norma de comportamiento, del ilícito y de la antijuricidad),

12 *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 251 y siguientes.

13 Yo mismo me he esforzado por demostrar que las preguntas de la supuesta imputación objetiva también son sólo problemas de error en el ámbito de la imprudencia: JZ 1987, p. 53 y 541 (versión castellana de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS con la colaboración de JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLES DE MURILLO en: *Anuario de Derecho Penal*, 1987, pp. 423 y ss.); GA 1987, p. 97 (versión castellana de JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLES DE MURILLO en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, pp. 449 y siguientes)

14 En *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 237 y ss; en parte detallada ya antes en una conferencia otorgada el 30 de setiembre de 1986 en Palma de Mallorca en el II Seminario Humboldt-Derecho Penal-y allí distribuida como manuscrito.

15 Cit. nota 4, pp. 219 y siguientes.

16 Sólo puedo referirme en forma global a las contribuciones más recientes de autores alemanes sobre imputación objetiva trasladadas al castellano: WOLTER, La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal, en: GIMBERNAT (editor) y otros, *Omisión e imputación en derecho penal*, Madrid, 1994; JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 1994.

17 ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 11/10; RUDOLPHI, *Syst. Komm.*, antes de § 1, N^o 52 y siguientes.

ya no se puede hablar de un agigantamiento del ilícito. La teoría de la imputación objetiva debe, por lo tanto, servirse de mejores fundamentos.

3.1. La intención frente al resultado improbable

Roxin intenta de la mano del ya empleado por Welzel¹⁸- “caso de la tormenta”, justificar la teoría de la imputación objetiva:¹⁹ A envía a X frente a una tormenta que se avecina al bosque, con la esperanza de que un rayo lo fulmine. Según Welzel, el tipo objetivo queda completo si el rayo -contra todas las probabilidades- mata a X; el origen en quien da el consejo no es puesto en duda (teoría de la equivalencia). Su punibilidad, según Roxin, sólo puede entonces ser evitada si resulta posible negar el dolo. Este camino elige Welzel, y junto con él Armin Kaufmann, Hirsch²⁰, entre otros. Ellos niegan, en formulaciones diversas, una “voluntad de realización del hecho”. Ello, sin embargo, no es según Roxin, una fundamentación convincente: “pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería precisamente aquello que objetivamente ha causado²¹”. Una punibilidad sería únicamente excluida a través de la negación de la imputación objetiva: “sólo porque no juzgamos ya en el plano objetivo, una causación de muerte puramente accidental como matar a otro en sentido jurídico, un dolo referido a ella no es dolo de homicidio”.

La crítica de Roxin a este camino de solución es correcta: si en casos de este tipo el dolo falta entonces ello es debido a déficits en el ámbito de la representación y no en el inferior plano volitivo de la “voluntad de realización del hecho”. Los fundamentos dados por Welzel y otros para la ausencia de dolo son, por lo tanto, dogmáticamente imprecisos, en cuanto directamente niegan el componente volitivo del dolo.

La ausencia de elementos volitivos en este requisito de dolo sólo se puede comprobar inmediatamente allí donde el movimiento corporal físico no es “ocasionado” o “producido” por la voluntad; éste es por ej., el caso en los actos reflejos pero también en los movimientos corporales mecánicamente causados: X tropieza en un almacén y cae sobre una estantería de porcelana, durante lo cual el prevé las

18 *Deutsches Strafrecht*, p. 66.

19 *Strafrecht, AT*, § 11/36; anteriormente, del mismo autor, *ARMIN KAUFMANN-Gedächtnisschrift*, 1989, p. 249.

20 WELZEL, loc. cit. en nota 11; ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Jescheck*, p. 266 y s. (queda en verdad poco claro si KAUFMANN desea negar el costado intelectual o el volitivo del dolo, cuando exige que “un objetivo juicio de adecuación debe ser psicológicamente realizado”); HIRSCH, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln*, 1988, p. 405 y s.; del mismo autor, en *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994, antes de § 32, N° 32.

21 Roxin, *Strafrecht, AT*, § 11/36

consecuencias de su caída²². En el caso de la tormenta no se trata evidentemente, de una situación semejante. En lo que queda, el elemento volitivo -en el caso de movimientos corporales realizados con libre albedrío -sólo se deja negar con dos -y por cierto sólo “mediatas” fundamentaciones.

Dado que la voluntad -en cuanto ella sea relevante como elemento de la punibilidad- nunca va más allá que la representación²³, falta por definición también allí donde el conocimiento exigido por la ley o por conceptos básicos se encuentra ausente cuando A apunta a X y mata o lesiona a Y, cuya presencia en el campo de tiro no había advertido, su defensa jurídicamente profana será: “¡yo no quise eso!”. Esta defensa no es, por cierto, falsa, pero no es correcta: A “no quiso” la lesión de Y porque no había pensado en esta posibilidad, no se la había representado. De allí que se trate sólo de una mediata -a través del conocimiento- ausencia de voluntad.

El segundo caso de “ausencia mediata de voluntad” en el caso de movimientos corporales libremente voluntarios es, según la opinión dominante, también concebible allí donde la acción sea ejecutada en conocimiento (previsión, o “tener por posible”) de las consecuencias y de la situación de partida; este caso concierne a la lamentable contienda fronteriza acerca de donde termina la zona marginal del dolo y comienza la de la imprudencia. La opinión todavía dominante cree que existen acciones que, a pesar del idéntico contenido de la representación deben ser adjudicadas en una u otra zona, conforme diferenciaciones en los planos volitivos o emocionales. En el caso de la tormenta, sin embargo, esta pregunta sobre la frontera del dolo eventual, que por definición se refiere a las “consecuencias laterales” -es decir, a las posibles de prever, pero no intentadas-, no juega ningún papel.

Luego, el dolo en el caso de la tormenta sólo puede ser negado -hasta donde se sigue a Roxin- cuando una insuficiencia sobre la faz intelectual es descubierta. Una insuficiencia de este tipo puede basarse en dos razones. Ella existe, por un lado, allí donde el tipo objetivo ha sido realizado, el actor, sin embargo, no conoce (por completo) las circunstancias del hecho. Por otro, ella puede resultar de que los hechos acertadamente representados no realicen ningún tipo. Ello significa, para la solución del caso de la tormenta, que el dolo es excluido o bien por falta de representación de la realización del tipo, o por falta de realización del tipo por la representación.

22 Cf. sobre ello ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Hellmuth v. Weber*, 1963, p. 218 y s. (del mismo autor, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 118); del mismo autor, *ZStW* 70 (1958), p. 81 (*Strafrechtsdogmatik*, p. 73; hay versión castellana de SUÁREZ MONTES en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1960, ps. 185 y siguientes).

23 Cf. FRANK, *ZStW* N° 10 (1890), pp. 168, 173, 186, entre otras; SCHEWE, *Reflexbewegung-Handlung -Vorsatz*, 1972, p. 79; MAURACH, *Strafrecht, AT*, p. 222.

Según Roxin, el dolo sólo puede faltar en el caso de la tormenta por la segunda razón. Puesto que en este caso -así argumenta Roxin contra Welzel- coincidiría la representación con los datos objetivos, la aceptación de Welzel de que aquí el tipo penal estaría completo, conduciría forzosamente a la consecuencia de que también el dolo estaría dado²⁴.

En la afirmación de que la representación coincidiría con los datos objetivos se oculta una premisa, de la que, por cierto, Roxin cuelga también su teoría del dolo, con la cual, sin embargo, por la enredada vía de la imputación objetiva, él mismo se coloca claramente en contradicción. La premisa consiste en que el curso causal entre acción y resultado no debe, ni en cada particularidad²⁵ así como tampoco en sus rasgos esenciales, ser abrazado por el dolo²⁶. Este vaciamiento del dolo no es fundamentado ni siquiera con una sílaba.

Si se sigue la premisa mencionada, la exigencia de dolo en relación al contexto de causalidad se reduce entonces al mero “que”²⁷, y al equivalente “de algún modo” de una relación semejante. Un concepto de dolo mutilado de semejante forma obliga en el caso de la tormenta, no sólo a Welzel, sino también a Roxin, a la aceptación de un homicidio doloso. Roxin sale al paso de las consecuencias de este vaciamiento del dolo, que él con razón contempla como equívocas, al pretender que sólo la teoría de la imputación objetiva pueda señalar aquí el camino correcto: según ella, el dolo falta en el caso de la tormenta sólo debido a que él se refiere a un curso de acontecimientos que no es objetivamente imputable, en concreto a “una causación de muerte puramente accidental”. Con ello la premisa sobre el vaciamiento del dolo es unida a una segunda -tampoco fundamentada- premisa, a saber, la afirmación de que el dolo, en todo caso, debe tener por objeto un “curso objetivamente imputable”.

24 *Strafrecht, AT*, § 11/36.

25 Así anteriormente HERZBERG, *ZStW* 85 (1973), p. 867 y ss. (888, 889).

26 ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 12/135 y ss. ROXIN señala a esta premisa, incluso, como la opinión hoy preponderante en la ciencia. Del mismo autor, ARMIN KAUFMANN - *Gedachtnisschrift*, 1989, p. 237 (239).

27 Del mismo modo, JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 8/64 y siguientes.

Quien renuncia a que el dolo abarque determinadas estaciones del curso causal concreto no puede formular numerosos problemas, que con razón pertenecen a la existencia tradicional de la teoría del dolo, ni siquiera como tales. Junto a las cuestiones tratadas en este trabajo de la intención frente a las consecuencias improbables, la desviación de la representación del curso causal y la autopuesta en peligro por propia responsabilidad, son todavía señaladas, sobre la delimitación entre dolo (*dolus eventualis*) y culpa (consciente), la tentativa irreal, la supersticiosa y la inidónea por causalidad putativa, y la diferenciación entre autoría y participación, así como de las formas de participación entre ellas. Cf. sobre ello ya STRUENSEE, *ZStW* 102 (1990), p. 26 y ss. (versión castellana de MARCELO SANCINETTI, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, 1992).

Ahora, la pregunta sobre si se trata de un curso “accidental” o “imputable” depende claramente de qué caminos, extravíos o desvíos toma el curso causal hacia el resultado. Pues “objetivamente imputable” es sólo un curso que responde a determinadas expectativas normativamente fijadas sobre relaciones de causalidad. El curso causal concreto representado -apenas recién escamoteado del dolo- encuentra de este modo, bajo una nueva etiqueta de “resultado objetivamente imputable”, otra vez admisión en el círculo de objetos relevantes del dolo.

Roxin abre al curso causal concreto, más allá de eso, todavía un segundo camino de regreso al dolo, a saber la “realización del plan”²⁸. Ella debe ser la regla de valoración en la “imputación al dolo frente a desviaciones causales”²⁹ para la imputación al tipo subjetivo³⁰. Pero un curso causal sólo puede ser generalmente registrado y definido como “desviación” cuando se lo compara con otro curso, del cual aquél se desvía³¹. En la “regla de valoración” de la realización del plan se trata, pues, de la medida de discrepancia entre los elementos del curso causal objetivamente dados y los subjetivamente representados, es decir, planeados. Según esto, las supuestamente irrelevantes representaciones del curso causal del actuante deciden, entonces -esta vez incluso como “medida de valoración”-, sobre si un dolo acorde con el tipo objetivo, y con ello una consumación (“congruencia”) se encuentra presente, o no.

Con ello, las representaciones del curso causal se manifiestan también en el enrejado de la teoría del tipo de Roxin como inevitables.

La presunta necesidad de limitar nuevamente el tipo objetivo, sobre la base de una teoría del ilícito que presenta al dolo al igual que a las intenciones típicas (y a los elementos subjetivos de la justificación) en el concepto de injusto personal, resulta por lo tanto sólo de un vaciamiento del dolo, que no se fundamenta, ni es fundamentable; él no puede ser mantenido ni siquiera por sus defensores, y es por ello nuevamente revisado en el paso siguiente. Qué ventajas ofrece este enredado juego frente a la solución tradicional del problema, no resulta evidente.

La concepción tradicional se contenta con que el dolo se extienda a los “rasgos fundamentales”³² del contexto causal concreto. Él no necesita abarcar “todas las particularidades de un curso de acontecimientos”³³. “Desviaciones frente al curso representado no [excluyen] entonces en forma regular el dolo, si ellas se mantienen

28 *Strafrecht, AT*, § 12/139 y siguiente.

29 *Strafrecht, AT*, § 12 III.

30 *Strafrecht, AT*, § 12/139

31 STRUENSEE, *ZStW* 102 (1990), 27 y siguientes.

32 Cf. JESCHECK, *Lehrbuch*, § 29 V 6 b, p. 279 y s; LACKNER, *StGB*, 21ª ed., 1995, § 15 N° 11; ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 12/135; WESSELS, *Strafrecht, AT*, § 7, IV, 3, N° 258.

33 BGH 7, 325, 329.

todavía dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de vida y no justifican otra valoración del hecho”³⁴. La cruz de esta posición radica naturalmente en la pregunta acerca de qué pertenece a los “rasgos fundamentales”. Pero los “rasgos fundamentales” de un curso causal son objetivamente dados con la entrada del resultado, pues no tiene sentido hablar de rasgos fundamentales en lo objetivo sobre la base de la teoría de la equivalencia, porque según ésta todos los factores causales son esenciales en igual medida. Se trata, por lo tanto, de un juicio acerca de cuáles factores de una relación de causalidad completa deben estar presentes en la representación para fundamentar el dolo.

Al contentarse, antes que con un contexto de condiciones completamente regulares, necesarias para la realización del tipo objetivo, con sus “rasgos fundamentales”, la opinión dominante hace ya reducciones cuantiosas de una completa congruencia entre tipo objetivo y subjetivo. Ello tiene por consecuencia que tanto la punibilidad por consumación (reducción de las exigencias de congruencia entre tipo objetivo y subjetivo) así como por tentativa (reducción de las exigencias de concreción del dolo en relación al curso causal) son ensanchadas en forma agravante. La teoría de la imputación objetiva desconoce o desfigura estas relaciones.

Las disgresiones precedentes sirven para probar que el caso de la tormenta -que evidentemente figura sólo como ejemplo para una problemática general- no precisa de una nueva construcción dogmática para una solución adecuada. Roxin mismo lo ha demostrado en una ponencia³⁵ a través de una variación del caso de la tormenta: “en la medida en que, por el contrario, reformemos el caso, de modo tal que el rayo caiga frecuentemente en un lugar expuesto por causa de circunstancias físicas determinadas, y que el autor en conocimiento de estos hechos envíe a su víctima ignorante al lugar peligroso, para matarla de este modo, si el resultado se realiza, se ha dado un homicidio consumado. Puesto que aquí el autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo también se ha realizado en el resultado. En esta flexión de los hechos se debe, por lo tanto, aceptar una acción de homicidio”³⁶.

En primer lugar, entonces, el tipo objetivo en esta variación se encuentra, también para Roxin, completo. Ello no puede ser fundamentado con el conocimiento del autor de la peligrosidad del lugar, sino, a lo sumo, con una “experiencia” objetivizada de que el rayo cae en dicho lugar “de modo particularmente frecuente”. Pero esta frecuencia -en el ejemplo, conocida para el autor- no es tampoco factor

34 BGH 7, 325, 329.

35 Cit. nota N° 14.

36 Esta variación se echa de menos en la contribución de ROXIN al homenaje en memoria de ARMIN KAUFMANN, p. 237 y ss., al igual que en su manual sobre la Parte General.

de un concreto y objetivo curso de acontecimientos, sino sólo expresión de un más o menos extendido conocimiento de circunstancias concretas que se encuentran en una relación de leyes causales con la muerte de la víctima del rayo. El tipo objetivo es, por lo tanto, realizado independientemente de esa experiencia.

Junto a ello son, por lo pronto, pasadas por alto las reglas de la autopuesta en peligro por propia responsabilidad, cuya relevancia para este caso señala correctamente Otto³⁷.

Por otra parte, esta variación muestra convincentemente por qué en el caso original la impunidad general es aceptada: al actor le falta de todos modos el dolo; pues él no tiene ninguna representación fundada acerca de que el lugar al que envía a la víctima es un “sitio peligroso”. El vago e insustanciado* pronóstico del curso causal (el desnudo “que” de una relación causal) -sobre esto se está abiertamente de acuerdo en las consecuencias- no es suficiente para el dolo. De allí se debe extraer la exigencia de que el dolo sólo está presente en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de circunstancias que justifican la aceptación de causalidad; si él falta, el autor actúa en desconocimiento de circunstancias semejantes: él se encuentra en un error de tipo (§ 16 StGB).

Puede parecer extraño que aquél que pretende un resultado (típico) y también lo alcanza por el camino representado, deba actuar con un error de tipo³⁸. Pero esta extrañeza resulta sólo de que se pierde de vista la necesidad de una suficiente concretización o sustanciación del dolo en relación al camino hacia el resultado.

3.2. La desviación de la representación del autor del curso de acontecimientos objetivos

Estas relaciones analizadas aquí en el caso de la tormenta a modo de ejemplo existen también en los casos de las, así llamadas, desviaciones causales. Como ejemplo modelo puede servir el caso de laboratorio, también utilizado por Roxin³⁹, en el que la víctima, a la cual el autor ha herido con dolo de homicidio, se dirige al hospital y durante el viaje pierde la vida debido, a un accidente, o más tarde debido a un incendio, o a la ingestión de alimentos envenenados. La relación causal real

37 *NJW* 1980, p. 422; del mismo modo, HIRSCH, cit. nota N° 19.

* El término “Substantiierung” procede del derecho procesal civil alemán, y designa la exigencia de completitud de la demanda: ella debe abarcar todos los hechos en que se funda. Se ha optado por utilizar la expresión “sustanciación” -sugerida al traductor por el Prof. Dr. MARCELO A. SANCINETTI-que, sin ser equivalente, se refiere a una cuestión normativa similar (N. del T.).

38 Por cierto HIRSCH, *loc. cit.* y OTTO (*Grundkurs*, § 7 III I b, p. 75) señalan el déficit de información, pero no lo subsumen en el §16 StGB.

39 *Strafrecht, AT*, § 11/37.

entre la acción (movimiento corporal) y el resultado típico es un curso “aventurado”, “casual” o “atípico” sólo allí, y sólo debido a que pasos intermedios “esenciales” del acontecer real permanecen escondidos al actor. Hasta aquí, él actúa sin un dolo adecuado al contexto de causalidad efectivo, y se encuentra, de este modo, en un error de tipo⁴⁰. Si él obtiene o posee, en cambio, información sobre particularidades no conocidas o accesibles para la generalidad, entonces el juicio se invierte bruscamente. Si el autor está enterado de un atentado extorsivo con veneno planeado contra el hospital, y golpea a su víctima a punto tal que ella debe ser hospitalizada, en la expectativa de que ella sucumba entonces a un allí esperado envenenamiento de alimentos, entonces, frente a la entrada de este resultado, ni la “imputación objetiva”, ni el dolo adecuado al curso objetivo pueden ser puestos en duda. Wessels construye otro ejemplo gráfico. Él cita el caso en el que el autor (sobrino) persuade a la víctima (tío a heredar) de hacer un viaje en avión en la esperanza de que el aparato caiga. Si esto sucede, debe faltar la “imputación objetiva”. “Si, en cambio, hubiera una bomba escondida en el avión y esta circunstancia fuera conocida por el sobrino, frente a la caída del avión así causada se debe afirmar la imputación objetiva, atendiendo al superior “conocimiento especial” del sobrino, y la consecuente conducción del acontecer causal”⁴¹.

Estos casos de, así llamado, conocimiento especial, no constituyen, como lo podría sugerir la expresión, una excepción, sino que sólo advierten, de modo particularmente enérgico, que tanto el ilícito del delito doloso, como el del imprudente, dependen siempre de la representación del actor. Ello significa: se resuelven exclusivamente en el tipo subjetivo, y nada tienen que ver con la “imputación objetiva”.

3.3. “Autopuesta en peligro por responsabilidad propia”

Como tercer ejemplo concluyente para la necesidad de una imputación objetiva se ha celebrado, recientemente, el topos de la “autopuesta en peligro por responsabilidad propia” -celebrado, debido a que, supuestamente, la Corte Suprema alemana⁴² ha reconocido este punto de vista como límite de la “imputación objetiva”⁴³. Con ello se sostiene que la Corte Suprema acepta, al menos parcialmente, ciertas fundamentaciones de la teoría de la imputación objetiva.

40 A diferencia del caso de la tormenta, el actor ha tenido en cuenta un curso causal suficientemente sustanciado, y es por ello punible por tentativa.

41 WESSELS, *Strafrecht. AT*, N° 195; el subrayado me pertenece.

42 BGH 32,262,265; adhiriendo BGH 36, 1, 17; 37, 179, 180, 181; BGH NSzZ 1984, 452; 1986, 226; 1987, 406.

43 Así interpretan esta nueva jurisprudencia, por ejemplo, KIENAPFEL, *JZ*, 1984, p. 751 y s; ROXIN, *Strafrecht, AT* § 11/89; también en *NSzZ*, 1984 p. 411; OTTO, *Grundkurs*, p. 60; del mismo autor, *Jura*, 1984, ps. 536, 540 y otros.

El caso a decidir era el siguiente: el imputado había procurado tres jeringas descartables, y de este modo posibilitado a su amigo H el inyectarse una mezcla de heroína por él preparada; la inyección condujo a la muerte de H. La Corte Suprema había castigado antes contribuciones causales de este tipo en casos de muerte por drogas causadas por propia mano como homicidio culposo⁴⁴. En el caso descrito, ella desestima por primera vez la punibilidad del imputado por homicidio culposo y, por cierto, con la siguiente fundamentación: “quien únicamente ocasiona, posibilita o favorece el acto de la deseada y efectuada autopuesta en peligro por propia responsabilidad (dolosa o imprudente), participa en un acontecimiento que -en la medida en que se trata de la punibilidad por homicidio o lesiones corporales- no es típico, ni por eso mismo, un suceso punible⁴⁵”. Si la Corte Suprema entiende a la negación de un “suceso típico” en el sentido dogmático de la estructura del delito en tres peldaños, o considera al tipo como suma de todos los presupuestos de la punibilidad (“tipo completo”⁴⁶) queda por completo en suspenso. Esta sentencia de la Corte Suprema es, sin embargo, interpretada por los partidarios de la teoría de la imputación objetiva en el sentido de que en los casos de autopuesta en peligro por responsabilidad propia falta ya el primer peldaño delictivo de la tipicidad (al cual se encadenan la antijuridicidad y la culpabilidad).

Una interpretación de este tipo de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema no puede, sin embargo, reivindicar para sí que con esto la Corte Suprema reconozca, al menos tácitamente, a la teoría de la imputación objetiva. Pues la decisión hace depender la falta de realización del tipo objetivo de una restricción que es por cierto mencionada y registrada las más de las veces -aunque de ningún modo siempre- por la literatura, pero mal comprendida o encubierta en su fuerza explosiva dogmática. La Corte Suprema hace depender, en verdad, a la consecuencia jurídica de que ningún “suceso punible” estaría presente de un desconocimiento relativo del actuante. Ella en una constelación semejante de casos hace a la punibilidad “comenzar en primer lugar allí donde el partícipe, en virtud de un superior conocimiento de los hechos comprende mejor el riesgo que el que se pone a sí mismo en peligro”⁴⁷.

Luego, el proveedor de las jeringas sólo realiza el “tipo” si, y sólo si, actúa con “superior conocimiento de los hechos”. La realización del tipo objetivo depende con ello no de ulteriores elementos objetivos sino de circunstancias psíquicas del autor;

44 BGH JR 1979, p. 429; MDR 1980, p. 985; NStZ 1981, p. 350; 1983, p. 72.

45 BGH 32, 262, 265.

46 Sobre los distintos conceptos de tipo, cf., fundamentalmente, ENGISCH, *Mezger-Festschrift* (1954), p. 127, 129 y ss.; cf., además, JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 6/53; ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 10 /1 y ss.; WESSELS, *Strafrecht, AT*, § 5 II, N° 116 y siguientes.

47 BGH 32, 262, 265, el subrayado me pertenece; también BGH StV 85, 86; BGH NStZ 85, 251; JAHNKE, en *Leipz. Komm.* (10° ed. 1981), § 222 N° 21.

la no realización de la ausencia de un “superior conocimiento de los hechos”. Si en esta nueva jurisprudencia se tratara entonces del peldaño delictivo del “tipo” la Corte Suprema sólo podría alcanzar su reducción si exige determinados presupuestos para la realización del tipo subjetivo. Precisamente de este modo ella supondría también la existencia de un tipo subjetivo del delito imprudente. Con “imputación objetiva”, es decir, con la colocación de presupuestos del tipo objetivo, este cambio de la jurisprudencia de los tribunales superiores no tiene claramente nada que ver.

La posibilidad de que un “superior conocimiento de los hechos” conduzca a la realización del tipo (imprudente) constituye, en rigor, la figura de la autoría mediata a través de la utilización de la “víctima sin dolo” como herramienta. Sólo le está impedido a la opinión dominante el reconocer una figura de este tipo en el ámbito de la imprudencia debido a que ella no puede ordenar dogmáticamente en ningún lugar un tipo subjetivo, y con ello una diferencia de conocimiento entre autor y víctima.

Se ve, entonces, que justo para los ejemplos modelos de la teoría de la imputación objetiva “claramente el conocimiento del autor es indispensable como fundamento del juicio⁴⁸”. Armin Kaufmann ha señalado, como primer crítico de esta teoría para el ámbito del delito doloso, que particularmente frente a la ausencia de dolo en el caso concreto, a pesar de la realización del tipo objetivo, “cada especulación previa dentro del tipo objetivo acerca de si existe imputatio objetiva es, de un modo ya angustioso, redundante⁴⁹”.

4. ¿ELEMENTOS SUBJETIVOS EN EL TIPO OBJETIVO?

La crítica hasta aquí expuesta de la teoría de la imputación objetiva se basa en la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados, y que para esta diferenciación existen criterios unívocos. En cuanto esta diferencia es, por lo general, expresamente definida, se cuentan dentro del tipo subjetivo aquellas “circunstancias definitorias del ilícito ..., que pertenecen al ámbito psíquico y al mundo de representación del autor⁵⁰”. Completan el tipo objetivo, entonces, las “circunstancias fundantes del ilícito” que se encuentran fuera del psiquis del autor.

Está clara diferenciación es, sin embargo, despachada por algunos autores como “ociosa”. Pues: “la división entre exterior e interior sirve solamente al orden

48 ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, pp. 251, 260.

49 *Op. cit.*, p. 261. Quien debe dictaminar sobre ejercicios o exámenes puede dar cuenta de este tormento, que causan las inseguras y mal enseñadas nuevas generaciones.

50 RUDOLPHI; *System. Komm.*; antes de § I, N° 36.

exterior, y debe caer allí donde ella contradice el sentido de un concepto”⁵¹. Un -o incluso el- ámbito de aplicación de esta dimensión de sentido nueva, objetiva y abarcadora de elementos psíquicos del autor, parece ser la teoría de la imputación objetiva. Pues ella “no hace depender necesariamente aunque sí probablemente y en la praxis con razón también frecuentemente, la realización del tipo objetivo de factores subjetivos, intrapsíquicos. Cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras de riesgo con conocimiento y conscientemente, puede así fundamentarse sobre ello el juicio de que él a creado un riesgo no permitido y realizado el tipo objetivo de un homicidio, lesión, etc ... Es, por lo tanto, completamente legítimo que también determinados factores subjetivos resulten significativos para la imputación objetiva”⁵².

A quien quite los ojos de las calientes discusiones sobre la subjetivización del concepto de ilícito y el vaciamiento de la culpabilidad en los “tiempos de lucha” de la teoría de la acción final, o todavía no los haya puesto en ellas⁵³, se le deberá cortar el aliento frente a este desarrollo: no sólo el antes tan tozudamente defendido ilícito objetivo no ha podido mantenerse, ahora también hasta la última categoría del delito para lo objetivo, el tipo objetivo -irónicamente bajo el seudónimo de imputación objetiva-, se ve infiltrado por lo subjetivo.

Un concepto de esta clase del tipo objetivo tiene, sin embargo, consecuencias para el dolo, que todavía no son en absoluto percibidas: si la imputación al tipo objetivo depende de factores subjetivos, y el dolo sólo tiene por objeto sucesos semejantes, que son imputables al tipo objetivo, entonces el debería forzosamente extenderse a los “conocimientos especiales” pertenecientes al tipo objetivo: quien actúa con dolo sabe, que él sabe, y quiere que él sabe. Ello plantea automáticamente nuevas preguntas: ¿Cuándo actúa un autor semejante con error de tipo? ¿Si él no sabe, que él sabe? ¿Y cuándo actúa él sólo con culpa (consciente)? Si él toma como viene el conocimiento, en forma aprobatoria si se resigna a ello, si no pone en movimiento ninguna voluntad de evitación o si se decide por el conocimiento fundante de la lesión al bien jurídico -por sólo mencionar algunos pocos de los criterios “voluntarios” considerados por la opinión dominante como determinantes para la división entre el dolo e imprudencia-. Semejantes preguntas son naturalmente, absurdas pero, conforme la tesis de partida, inevitables. Roxin mismo ha visto, y dicho, “que el dolo no se [puede], tampoco, referir así mismo”. “Tampoco otras circunstancias

51 ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 10/53; cf. también SCHMIDHÄUSER, *Schulz-Festschrift*, 1977, p. 61 y ss; MIR PUIG, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, p. 253 y siguientes.

52 ROXIN, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, p. 250 y siguiente.

53 WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, § 11; MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950; del mismo autor, en *Leipziger Kommentar*, 8ª ed., 1957, Introducción II y III.

del hecho subjetivas... pueden, de un modo pleno de sentido, ser objeto del dolo”⁵⁴. Lamentablemente, tales exactas constataciones, hechas en otro contexto, son nuevamente perdidas de vista frente a la cuestión de la imputación objetiva.

A pesar de todo, Roxin parece haber visto o sospechado que la teoría de la imputación objetiva y su dependencia de factores subjetivos desemboca en la problemática de la autorreferencia del dolo. Pues en el último tiempo él enseña -bajo el título “lo subjetivo en la imputación objetiva”- la existencia de “contenido(s) de la conciencia, que no son elementos del tipo sino sólo relevantes para el juicio de riesgo o la delimitación de la responsabilidad entre distintos intervinientes”⁵⁵. En el caso de que por este camino se debiera evitar que el conocimiento especial fuera punto de referencia del dolo, aquél perdería, al mismo tiempo, su tarea de restringir el objeto del dolo a lo objetivamente imputable. El autor que recomienda a su víctima un viaje en avión en la expectativa de que el aparato se estrelle actúa, según esto, siempre con dolo indiferentemente de si él tenía con anterioridad conocimiento del atentado planeado al avión o no; pues un conocimiento eventual no sería “ningún elemento del tipo”, lo que sólo puede significar que este conocimiento no es ninguna circunstancia del hecho, que complete los presupuestos conceptuales de un elemento del tipo⁵⁶. Dado que el dolo también según Roxin, sólo se refiere a “elementos del tipo”⁵⁷, la ausencia de un conocimiento semejante, externo a los elementos del tipo, no puede, en consecuencia, afectar al dolo, y se debe castigar por tentativa. Esta solución conduce directa e inevitablemente a aquella ampliación de punibilidad que, según la opinión de Roxin, sólo se puede evitar a través de una teoría de la imputación objetiva. Por lo demás, el juicio sobre la novedad dogmática de contenidos de la conciencia relevantes para la imputación -ello sólo puede significar: conformadores de los presupuestos de la imputación-, que no “son ningún elemento del tipo” es pronunciado por Roxin mismo: “Pero lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo debe también a su vez, pertenecer al tipo”⁵⁸. De allí se sigue forzosamente: si una circunstancia es relevante, pertenece ella también al tipo.

Más allá de esto, se debe hacer contra el “conocimiento especial”, como característica del tipo objetivo -sea ahora elemento del tipo o presupuesto de la imputación, dogmáticamente a la deriva- una objeción fundamental. Hasta hoy no ha

54 *Strafrecht, AT*, § 12/114.

55 ROXIN, CLR, pp. 232 y 233 y s. Con ello, la nueva unidad de sentido de los datos objetivos y subjetivos -cf. ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 10/53, y arriba nota al pie 50- parece ahora desmoronarse otra vez.

56 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), p. 112.

57 *Strafrecht, AT*, § 10/62, § 12/81; se quiere decir, probablemente, “circunstancias del hecho”, cf. § 12/81.

58 *Strafrecht, AT* § 10/66.

sido intentado, ni siquiera una vez a modo de ensayo, el designar criterios según los cuales se pueda determinar cuáles contenidos de la conciencia se debe incluir en el conocimiento especial y cuáles pertenecen al tipo subjetivo.

Ello puede permanecer sin aclaración sólo en la medida en que se trate de problemas de la imprudencia. Pues aquí el conocimiento especial constituye, de todos modos sólo una categoría provisoria, ya que la dogmática dominante todavía no ha encontrado una casa propia para lo subjetivo en la imprudencia “objetiva”, o sea en la violación al deber de cuidado⁵⁹. En tanto que la violación al deber de cuidado depende de determinados contenidos de la conciencia del autor, estos pertenecen, generalmente, al “conocimiento especial”, a cuyo nombre, por lo demás, hay que agradecerle el error de creer que el juicio sobre la “objetiva” violación al deber de cuidado (previsibilidad, evitabilidad) sólo toca en forma excepcional el conocimiento del autor.

Otra cosa yace, por el contrario, allí donde en el tipo penal una categoría para lo subjetivo es provista y generalmente reconocida. Aquí no puede permanecer sin decidir qué pertenece al tipo subjetivo y cuáles contenidos de la conciencia relevantes para el tipo deben ser agregados en otro lugar. No es difícil profetizar que la teoría de la imputación objetiva no logrará encontrar criterios plenos de sentido para determinar qué elementos subjetivos fundamentan ya la imputación objetiva, y cuáles sólo pertenecen al tipo subjetivo. Con ello también el intento de integrar lo subjetivo en el tipo objetivo, y de este modo salvar dogmáticamente a la teoría de la imputación objetiva, en el cual se le construyen muletas a partir de fragmentos del tipo subjetivo, debe ser visto como fracasado.

5. PERSPECTIVA

La teoría de la imputación objetiva persigue un importante deseo sistemático, al esforzarse por reducir nuevamente a una estructura uniforme a los conceptos separados por la corriente de ilícito doloso e imprudente. Con esto se le deben agradecer esenciales reconocimientos y profundizaciones dogmáticas. Pero ella toma -y éste es el punto principal y la quintaesencia de la crítica- el sentido equivocado. Eso hacen sus más jóvenes esfuerzos de justificación, en forma cada vez más notoria, que para lo innegable merodean en torno al tipo objetivo, pero no a los insertados presupuestos subjetivos de la imputación. Los problemas que se encuentran detrás de esto impelen a buscar la solución en otro sentido, a saber, en primer lugar, determinar (“sustanciar”) con mayor precisión el objeto del dolo, y en segundo, reconocer que también el tipo del delito imprudente precisa una categoría propia para los ele-

59 Cf. sobre ello, STRUENSEE, *JZ* 1987, p. 53 y ss. Versión castellana en *Anuario de Derecho Penal*, 1987, p. 423 y siguientes.

mentos subjetivos. Sólo entonces se podrá probar que “disvalor de acción” e “ilícito personal” tienen la misma estructura en los delitos doloso e imprudente.

BIBLIOGRAFÍA

- BELING, E. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. J. C. B. Mohr.
- CEREZO MIR, J. (1972). Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 84(4), 1033-1167. <https://doi.org/10.1515/zstw.1972.84.4.1031>
- DOHNA, A. (1905). *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*. Buchhandlung des Waisenhauses.
- ENGISCH, K. (1954). Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. En: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*. Beck.
- FISCHER, H. (1911). *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. Beck.
- FRANK, R. (1890). 7. Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 10(Jahresband), 169-228. <https://doi.org/10.1515/zstw.1890.10.1.169>
- HERZBERG, R. (1973). Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 85(4), 867-892. <https://doi.org/10.1515/zstw.1973.85.4.867>
- HIRSCH, H. (1981). Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 93(3), 831-863. <https://doi.org/10.1515/zstw.1981.93.3.831>
- HIRSCH, H. (1982). Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 94(2), 239-278. <https://doi.org/10.1515/zstw.1982.94.2.239>
- HIRSCH, H. (1988). Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. En: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Heymann.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1994). *La imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia.

- JESCHECK, H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* (4ª ed.). Duncker & Humblot.
- KAUFMANN, A. (1954). *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte.* Schwartz.
- KAUFMANN, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie.* Schwartz.
- KAUFMANN, A. (1958). Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70(1), 64-86. <https://doi.org/10.1515/zstw.1958.70.1.64>
- KAUFMANN, A. (1974). Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. En: STRATENWERTH, G. (Eds.) et al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag.* De Gruyter.
- KAUFMANN, A. (1982). *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert: Gesammelte Aufsätze und Vorträge.* Heymann.
- KAUFMANN, A. (1985). Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? En: VOLLER, T. (Dir.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag.* Duncker & Humblot.
- LACKNER, K. / KÜHL, K. (1995). *Strafgesetzbuch Kommentar.* (21ª ed.). C.H. Beck.
- MAURACH, R. (1954). *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* C.F. Müller.
- MEZGER, E. (1950). *Moderne Wege Strafrechtsdogmatik.* Duncker & Humblot.
- MIR PUIG, S. (1989). Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand. En: DORNSEIFER, G. (Ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann.* Heymanns.
- NIESE, W. (1951). *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit.* Mohr.
- OTTO, H. (1992). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre.* (4ª ed.). De Gruyter.
- ROXIN, C. (1989). Finalität und objektive Zurechnung. En: DORNSEIFER, G. (Ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann.* Heymanns.
- ROXIN, C. (1994). *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* (2ª ed.). Beck.
- RUDOLPHI, H. (1994). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* (6ª ed.). Carl Heymanns Verlag.
- SCHEWE, G. (1972). *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz.* M. Schmidt-Römhild.
- SCHWEIKERT, H. (1957). *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling.* C.F. Müller.

- STRUENSEE, E. (1990). Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102(1), 21-50. <https://doi.org/10.1515/zstw.1990.102.1.21>
- STRUENSEE, E. (1992). *Dolo, tentativa y delito putativo*. Editorial Hammurabi.
- TRIFFTERER, O. (1983). En: KOHLMANN, G. (Ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Deubner.
- WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11ª ed.). De Gruyter.
- WESSELS, J. (1994). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (24ª ed.). C.F. Müller.