TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Investigación para la evaluación final correspondiente a la
VI Edición del Master propio en Derecho Penal
Universidad de Sevilla
Octubre/Noviembre 2011

DARIO ALBERTO DAL DOSSO
D.N.I. N°27.985.202
UNIVERSIDAD DE MENDOZA
REPUBLICA ARGENTINA

Agradezco a Dios

A mis padres y hermanos

A Erika, por su continuo apoyo y fortaleza

A mis hijas Ornella y Federica por el tiempo obsequiado

A Joaquín, que siempre está presente

A mis amigos y compañeros de trabajo

A los profesores Jorge Alfredo Coussirat y María Paula Quiroga

A la Universidad de Mendoza

A todos los que hicieron posible mi participación en esta experiencia

INDICE TEMÁTICO

INTRODUCCIÓN -----	1
--------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES TEORICOS

1. Antecedentes doctrinarios -----	3
------------------------------------	---

- a. Georg W. F. Hegel
- b. Karl Larenz
- c. Richard Hönl
- d. Hans Welzel
- e. Claus Roxin
- f. Günther Jakobs

2. Antecedentes extrapenales: -----	9
-------------------------------------	---

- a. la noción de “riesgo” como factor de responsabilidad civil
- b. Intervención de la víctima
- c. La costumbre *contra legem* y la adecuación social
- d. Interpretación teleológica de la ley y fin de protección de la norma

3. Teorías de la causalidad -----	11
-----------------------------------	----

- a. Teoría de la causalidad adecuada
- b. Teoría de la relevancia típica

CAPITULO II

PRINCIPALES POSTULADOS DEL FINALISMO

1. Teoría de la acción finalista -----	13
--	----

2. teoría de la adecuación social -----	14
---	----

CAPITULO III

CLAUS ROXIN: SISTEMA TELEOLOGICO-RACIONAL

E IMPUTACION AL TIPO OBJETIVO

1. Fundamentos -----	15
----------------------	----

2. Sus críticas al finalismo -----	16
------------------------------------	----

3. Contenidos de la imputación objetiva: Creación y realización de riesgos dentro del ámbito del tipo. -----	18
4. Los criterios de imputación objetiva en el ámbito de la creación de riesgos -----	20
a. Exclusión de la imputación en casos de disminución de riesgos	
b. Exclusión si falta la creación de peligro para el bien jurídico protegido	
c. Exclusión de la imputación en casos de riesgo permitido	
5. Los criterios de imputación objetiva en el ámbito de realización de riesgos -----	25
a. Exclusión si no se materializa el peligro en el resultado	
b. Exclusión por falta de realización de un riesgo no permitido	
c. Conductas alternativas conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo	
d. Exclusión de resultados no cubiertos por el ámbito de protección del tipo	
6. El criterio del fin de protección de la norma -----	28
a. Noción	
b. Determinación del fin de protección de la norma	
c. Origen	
d. Ámbito de aplicación del principio. Distintas posturas.	
i. En el campo de las teorías de la causalidad	
ii. Ubicación como criterio de imputación objetiva	
iii. Supuestos de aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.	
6.1. Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro -----	32
a. Roxin	
b. Gimbernat Ordeig	
c. Luzón Peña	
6.2 Daños causados por shock -----	36
6.3 Daños posteriores sobrevinientes -----	36
6.4 El traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno -----	37
7. Recapitulación sistema Roxin -----	39

CAPITULO IV

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG Y

POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

1. Imputación objetiva. -----	40
2. Recepción jurisprudencial. -----	43

CAPITULO V

G. JAKOBS: FUNCIONALISMO SISTEMICO E IMPUTACION OBJETIVA

1. Fundamentos teóricos -----	44
2. El concepto jurídico-penal de acción. -----	48
3. Imputación objetiva en el sistema de Jakobs. -----	51
a. Significado	
b. Estructura	
4. La imputación objetiva del comportamiento -----	53
a. Riesgo permitido	

b. Principio de confianza. Limitaciones	
c. Prohibición de regreso. Casos	
d. Competencia de la víctima	
5. Recapitulación del sistema de Jakobs -----	61

CAPITULO VI

PRINCIPALES CRITICAS A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Su carácter de teoría -----	63
2. Inadecuación a los delitos dolosos y culposos -----	63
3. Su carácter objetivo -----	64
4. Método incorrecto -----	66
5. Indeterminación conceptual de sus categorías -----	67
6. Tendencia a suplantar la relación de causalidad -----	67
7. Críticas de Hirsch y Küpper -----	68
8. Críticas y propuesta de Zaffaroni -----	70

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

1/9 -----	75
-----------	----

BIBLIOGRAFÍA -----	80
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

1. La teoría de la imputación objetiva se presenta como elemento nuclear de las corrientes jurídico-penales denominadas funcionalistas, que en su pretensión de configurar un sistema de imputación penal despojado del contenido naturalístico propio de las corrientes causalista y finalista, lo edifican sobre la base de consideraciones de carácter social, tendiendo a la normativización de los conceptos fundamentales de la dogmática penal.

En su formulación más extendida, para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta, se requiere, -además de una relación causal científico-naturalmente constatable-, que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada; es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar.

2. Entre quienes aceptan la vigencia de la imputación objetiva, apenas se presentan discrepancias sobre tal enunciado, pero se registra en cambio un debate extraordinariamente intenso sobre aspectos vinculados a la ubicación sistemática, sus contenidos, función, método, ámbito de aplicación y desde luego, la validez y utilidad misma de la teoría de la imputación objetiva, discusión que trasciende a nuestros días y ofrece un amplísimo campo de investigación.

3. Sentado ello, con el propósito de cumplir los requerimientos de la VI Edición del Master Propio en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, presento la investigación practicada sobre los mencionados aspectos problemáticos de la teoría de la imputación objetiva, a partir del estudio de los sistemas funcionalistas desarrollados por Claus Roxin y Günther Jakobs, conocidos como “sistema racional-final o normativismo moderado” y “funcionalismo sistémico o normativismo radical”, respectivamente. También se deja lugar para el esbozo de la teoría de la imputación objetiva en el pensamiento de Enrique Gimbernat Ordeig y la posición del Tribunal Supremo español. En los lugares correspondientes, se harán las referencias pertinentes a posturas u observaciones provenientes de corrientes funcionalistas intermedias a las indicadas, como las correspondientes a W. Frisch, Manuel Cancio Meliá, Yesid Reyes Alvarado y Eugenio Raúl Zaffaroni, cuyo tratamiento detallado no se podría abordar por los límites señalados a esta monografía.

4. Para el tratamiento de la temática propuesta seguiré el siguiente orden: intentaré clarificar los antecedentes teóricos u origen de la teoría de la imputación objetiva (I); precisaré los postulados fundamentales de las tesis finalistas que señalan el contexto

dogmático de la época y origen de las corrientes funcionalistas (II); a partir de ello, ingresar a lo fundamental de la investigación, a partir de la teoría de la imputación objetiva en el sistema teleológico racional de Claus Roxin (III); la imputación objetiva según el modo en que la concibe Enrique Gimbernat Ordeig y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español (IV); la imputación objetiva en el sistema de Günther Jakobs (V); repasar las críticas principales dirigidas a la teoría (VI); y finalmente verter las conclusiones a que arribe en referencia al estado de las cuestiones problemáticas planteadas (VII).

CAPITULO I

ANTECEDENTES TEORICOS

1. Es lugar común afirmar que corresponde al tratadista alemán Claus Roxin el mérito de impulsar la teoría de la imputación objetiva desde la década de 1960, sin embargo, soy de opinión que comparte el mismo mérito el profesor español Enrique Gimbernat Ordeig que contemporáneamente contribuyó al desarrollo de la teoría con originales aportaciones.

Pero la cuestión dista de ser tan simple. La imputación objetiva presenta distintas formulaciones y diversos orígenes, inclusive remotos. En lo que sigue, focalizaré mi atención a los antecedentes inmediatos.

Partiendo de Roxin, éste reconoce haber continuado la investigación desarrollada en 1930 por Richard Honig¹, quien ya había adecuado a su vez las conclusiones que Karl Larenz² esbozó en el año 1927 para limitar la responsabilidad en el derecho civil. Y Larenz se remonta al filósofo Hegel, a quien se le atribuye haber sentado la piedra angular sobre la que se edifica la teoría de la imputación objetiva.

Desde otra vertiente, debe verse en Hans Welzel otro destacado teórico que contribuyó con su teoría de la adecuación social a echar las bases del desarrollo posterior de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, los criterios de riesgo permitido, principio de confianza, comisión referida al garante y prohibición de regreso que informan la imputación objetiva del comportamiento en la construcción dogmática de Günther Jakobs³, son todas explicaciones de aquél principio básico.

2. En el ámbito del derecho privado, nociones tradicionales como el “riesgo creado”, la “culpa de la víctima”, la costumbre jurídica en vinculación con la tesis de la adecuación social y la interpretación teleológica conforme al fin de protección de la norma⁴ han sido sistematizados por representantes de la dogmática penal para precisar los contornos de la imputación objetiva.

¹ HONIG, R., *Kausalität und objektive Zurechnung* [Causalidad e imputación objetiva] Publicado en *Festgabe für Reinhard Von Frank* [homenaje a Reinhard von Frank] tomo I, pp. 174/201. Trad. de Marcelo Sancinetti (coord.) en *Causalidad, riesgo e imputación*. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 105/134.

² LARENZ, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1926

³ JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación objetiva*. 2ª Edición, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997

⁴ Cfr. NAGER, H., “Reflexiones en torno al origen extra-penal de la teoría de la imputación objetiva”, en *LL-2008-C*, p. 777.

3. Y por último, las teorías de la relevancia típica y de la causalidad adecuada, en la medida en que se las reconoció como teorías de la imputación, concurren a su vez como antecedentes de la teoría de la imputación objetiva.

Sirva esta breve relación para demostrar las dificultades que preceden al intento de ubicar raíces uniformes para el desarrollo posterior de la teoría de la imputación objetiva. En adelante las aportaciones teóricas en particular:

I. Antecedentes doctrinarios:

a. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* sentó a comienzos del siglo XIX el principio fundamental de que sólo puede llamarse imputación en sentido estricto a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío. Para su determinación propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado el comportamiento; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior, pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas⁵.

Aquí finca el aporte hegeliano al derecho penal: el principio de que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra y no aquello que sea resultado de la simple casualidad, de la mala suerte o del destino⁶. Actualmente se afirma que el propósito de la imputación objetiva es determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico debe ser considerada como la obra de determinado sujeto y cuándo dicha afectación es solamente el producto de la simple casualidad.

Partiendo de esta idea, aquélla determinación debe llevarse a cabo comprobando si lo sucedido constituye una acción del sujeto, lo que sólo será el caso si el hecho puede entenderse como realización de su voluntad.

b. *Karl Larenz*, civilista alemán, reivindica el concepto de acción de Hegel, pero en su construcción afirma que el concepto de imputación ya no debe ser entendida en sentido subjetivo, sino *objetivo*: no sólo abarca la imputación de hechos conocidos y

⁵ Cfr. REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*, 2da. Edición, Temis, Bogotá, 1996, p. 49 y ss.

⁶ *Ibidem*

queridos sino también los que podrían haber constituido el objeto de la voluntad, es decir, los hechos imprudentes⁷.

Larenz interpreta el concepto de acción original de Hegel como limitado solamente a los delitos dolosos, -cuestión sobre la que no existe acuerdo⁸-, pero para aquél, se trata de la fundamentación del concepto de acción en cuanto presupuesto teórico general de cualquier sistema de imputación, esto es, de adscripción de un hecho a un sujeto.

La pregunta decisiva, según Larenz, es la de “*qué es lo que se puede atribuir al sujeto como su acción, de qué se lo puede hacer responsable ...*”⁹ Cuando el resultado no es objetivamente previsible, el acontecer provocado por el comportamiento del causante no debe ser considerado como *su propio hecho*, sino como un *acontecimiento casual*, mientras que la cuestión de si el autor concreto “ha previsto el resultado o ha podido preverlo con sus aptitudes individuales” es tan sólo un “problema de la imputación subjetiva”, en el sentido de “culpabilidad”.

Se ve que en lo fundamental distingue entre imputación al hecho e imputación a la culpabilidad; la primera -la imputación objetiva- no es otra cosa que la adecuación: “En vez de causalidad “adecuada”, la ciencia del Derecho debería exigir causalidad “objetivamente imputable”¹⁰. Si el resultado no fue objetivamente previsible, el comportamiento de la persona que lo haya causado no debe ser considerado como su propio hecho, sino como un acontecimiento casual.

c. *Richard Honig*, continúa la elaboración de la teoría de la imputación objetiva. También para este autor “*se añade al juicio causal, como juicio posterior independiente, el de la imputación objetiva*”¹¹. Parte de la pugna entre la teoría de la equivalencia y teoría de la adecuación pero lleva la discusión a otro terreno al constatar “*que en la ciencia del Derecho no es posible que lo único que importe sea la comprobación del nexo causal en sí, sino que hay que discutir la explicación de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden jurídico, del nexo existente entre acción y resultado*”¹²

Roxin explica que la cuestión jurídica fundamental propuesta por Honig no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios

⁷ “Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito, sino obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible”, en LARENZ, K., *Hegels Zurechnungslehre*, p. 53, 68; citado por CANCIO MELIA, M. en *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2011, p. 41 y nota 40

⁸ La postura mayoritaria, con Larenz, afirma que la concepción de Hegel no podía abarcar la imprudencia.

⁹ LARENZ, p. 51

¹⁰ Conf. HEGEL, *Zurechnungslehre*, p. 84. Citado por Enrique Gimbernat Ordeig.

¹¹ HONIG, ob. cit., p. 179

¹² HONIG, ob. cit., p. 175

conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona¹³. De este modo el cambio de perspectiva que aquí se lleva a cabo desde la causalidad a la imputación hace que el centro de gravedad se desplace ya en la teoría de la acción de la esfera ontológica a la normativa: según esto, la cuestión de si se le puede imputar a un hombre un resultado como obra suya depende desde un principio de los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos. *“Por consiguiente, si como hace Honig, se coloca en el centro de toda la discusión jurídicopenal “al juicio de imputación, con su carácter específico y básicamente distinto del juicio causal”, ello implica la tesis, aún hoy muy discutida, de la normatividad del concepto jurídicopenal de acción”*¹⁴.

Dado este punto de partida el problema fundamental de la teoría del delito no consiste en descubrir una estructura ontológica de la acción o un elemento descriptivo común a todas las formas de conducta relevantes jurídico-penalmente y que pudiera constituir la “piedra fundamental” del edificio del delito, sino que consiste en establecer un criterio de imputación que sea general y susceptible de concreción en cuanto a su contenido. Las investigaciones que Honig dedicó a ese fin le hicieron enlazar con Larenz, arribando a la conclusión de que *“la conducta humana causante del resultado sólo es relevante jurídicamente si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la finalidad objetiva que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa jurídicamente a la conducta humana”*¹⁵. O, dicho en su formulación más breve: *“imputable es ... aquel resultado que se puede concebir como dispuesto finalmente”*¹⁶

De esta manera, con ayuda del elemento de la finalidad objetiva o posibilidad objetiva de pretender, ha podido demostrar que los procesos causales irregulares y no dominables de antemano no son imputables, incluso aunque se produzcan conforme se deseaba, del mismo modo que después no se puede enjuiciar como omisión una inactividad humana si falta la posibilidad de actuar: Aunque la teoría de la equivalencia pruebe que existe un nexo lógico con una condición, faltará la acción o la omisión porque en la concreta situación no se podría considerar el resultado como objeto de una posible finalidad por faltar la posibilidad de control del curso causal.¹⁷

¹³ ROXIN, C., *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. Publicado por primera vez en la *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss. Versión castellana recogida en *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Ed. Reus S.A., Madrid, 1976, ps. 128/146.

¹⁴ ROXIN, ob. cit., p. 128

¹⁵ HONIG, ob. cit., p. 188

¹⁶ HONIG, ob. cit., p. 184

¹⁷ Cfr. ROXIN, C., ob. cit., p. 129

Honig deduce el concepto de imputación objetiva de los principios generalmente reconocidos de la teoría general del derecho y con independencia de toda posición filosófica¹⁸. Para él, esos principios se desprenden de la comprensión de que el derecho cumple su misión reguladora de conductas mediante prohibiciones y mandatos que se dirigen a la voluntad humana, “porque sólo ésta puede ser influida por aquéllos”. Pero los mandatos y prohibiciones sólo pueden exigir con sentido aquélla conducta que le es posible observar. *“Por consiguiente, los mandatos sólo pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones, la evitación de un resultado no deseado por el legislador, en tanto le sea posible su producción o evitación a la persona que está en la situación que el legislador presupone, es decir, de un resultado que esa persona pudiera prever, y por ello, también producir o evitar”*¹⁹.

“A mi juicio” -dice Honig- *“no es que la cuestión de la tipicidad suponga una limitación de la responsabilidad, sino que sólo ella crea el objeto de enjuiciamiento y, con ello, la base de la responsabilidad. Es el fundamento, no el correctivo del concepto de acción. Si la actuación de la voluntad no es típica, no existe absolutamente ninguna acción en el sentido que interesa al derecho penal”*. Y en nota al respecto advierte: *“En mi opinión, ya en este punto tiene la palabra el punto de vista normativo y no el naturalista”*²⁰.

Si se estima que la misión dogmática del Derecho Penal es la imputación de resultados y se hace depender dicha imputación de una contravención a las exigencias de la norma, la ineludible consecuencia de ello es que una conducta que concuerda con las exigencias del tipo relativas al deber no puede pretender objetivamente la provocación del resultado típico. Si a pesar de ello se produce el resultado típico, no se trata de una obra del autor, sino de un accidente.

La posibilidad objetiva de pretender (objektive bezweckbarkeit) un curso causal dañoso dependerá de si la conducta de la persona en cuestión crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico²¹.

d. Hans Welzel: En su estudio programático “Studien zum System des Strafrechts”²² resolvió el supuesto del que envía a otro al bosque con la esperanza de que un

¹⁸ HONIG, ob. cit., p. 181/182

¹⁹ HONIG, ob. cit., p. 187/188

²⁰ HONIG, ob. cit., p. 186

²¹ ROXIN retomará esta idea, reduciendo la posibilidad objetiva de pretender al principio del riesgo, para elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal cuestión que emprende inmediatamente en el mismo artículo que escribió en homenaje a Hönig, mediante los criterios de: a) la disminución del riesgo; b) creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) aumento o falta de aumento del riesgo permitido; y d) la esfera de protección de la norma como criterio de imputación.

rayo lo mate de modo totalmente diverso al modo en que lo resolvió en la última edición de su manual, en que acude a la falta de dolo²³, indicando que “*este ejemplo no tiene que ver ni con la causalidad, ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social*”²⁴.

La idea básica de la teoría de la adecuación social es que aquellas acciones que se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por tanto son “socialmente adecuadas”, no pueden encajar en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo, por ejemplo, el caso de la entrega al cartero del pequeño regalo en año nuevo, que por su adecuación social no sería típica como cohecho²⁵. Pero este enfoque, en sí mismo correcto de la teoría de la adecuación, ha sufrido variaciones en su configuración y ubicación sistemática en la teoría del delito, en la misma sistemática de Welzel, de allí que haya sido relativizado su valor como teoría autónoma. Roxin, al ejemplo mencionado, lo resuelve con el criterio –más preciso, en su opinión- de fin de protección de la norma.

e. *Claus Roxin* desarrolla la teoría de la imputación desligada del dogma causal retomando los postulados de Honig en la contribución a su homenaje titulada “*Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*”²⁶. En efecto, retomando las líneas directrices sentadas por su antecesor, relativas a la “posibilidad objetiva de pretender”, formuló su construcción al reducir aquella al posteriormente denominado “principio del riesgo”, y así recibimos la teoría de la imputación objetiva en la actualidad, por la vertiente de Roxin, siendo conveniente profundizar su desarrollo cuando me ocupe en específico de su sistema.

Sin perjuicio de esa remisión, corresponde a este punto mencionar que el sistema de Roxin procede del resultado de sucesivas investigaciones a partir de la década del 60. Véase que en 1962 publicó su “*Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*” punto de partida ineludible para comprender su construcción y en otro trabajo de gran importancia titulado “*Infracción al deber y resultado en los delitos imprudentes*” resolvió el problema de las llamadas “conductas alternativas conforme a derecho” sobre la base del prin-

²² CANCIO MELIA, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 45 y ss.

²³ CANCIO MELIA, M., *Ibidem*; afirmando que no concurre dolo, pues el autor no tiene “voluntad de matar”. Welzel, *Strafrecht*, p. 66.

²⁴ CANCIO MELIA, M., *ibidem*; con cita de ZStW 58 (1939), p. 491 y ss.

²⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, p. 293.

²⁶ ROXIN, C., *Göttinger Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, en Roxin, *Problemas básicos ...*, op. Cit., p. 128/148

cipio de “incremento del riesgo”²⁷. Más tarde, en el homenaje a Richard Honig expuso su trabajo denominado “*Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*”²⁸, sentando las bases del sistema de imputación, estudio complementado en 1973 con un trabajo titulado “*El fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*” publicado en el libro homenaje a Wilhelm Gallas²⁹. En 1989 la monografía “*Finalidad e imputación objetiva*” se ocupa de las relaciones existentes entre imputación y finalidad, publicado en la obra homenaje a Armin Kaufmann; y finalmente sintetiza el sistema de imputación al tipo objetivo en el monumental *Derecho Penal, Parte General*³⁰ continuamente reeditado desde su primera aparición en comienzos de la década de 1990.

f. *Günther Jakobs*, desarrolla conceptos fundamentales relacionados con la teoría de la adecuación social de Welzel. Procede también aquí remitir al capítulo pertinente de la sistemática del profesor de Bonn, que será tratado en detalle más adelante. Pero sirva esta breve referencia para indicar que el padre del finalismo también se cuenta entre los teóricos que contribuyeron a la construcción de la imputación objetiva.

2. Antecedentes extrapenales:

a. *La noción de “riesgo” como factor de atribución de responsabilidad civil*: El dato social del incremento del riesgo en la era industrial³¹ y post-industrial fue tenido en cuenta por el derecho³². La idea de riesgo como factor de atribución [objetivo] de responsabilidad civil nació como reacción frente a los novedosos desafíos que planteaba la interacción social en las grandes urbes. El principio según el cual “no hay responsabilidad sin culpa” entró en crisis provocando un cambio parcial de paradigma que procuró una solución justa para determinados supuestos especiales de daño, aunque debe dejarse aclarado que dicho cambio de paradigma no perjudicó la exigencia del nexo de causalidad como presupuesto de responsabilidad.

Ejemplo de ello sería el caso del estallido de la caldera que produce severas lesiones al operario y con arreglo a los criterios tradicionales de dolo o culpa no se puede atribuir responsabilidad al propietario/empresario. En tal caso, se entendió que “... no

²⁷ ROXIN, C., *Zitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 1974; ambos trabajos en Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976, p. 84/127 y 128/180.

²⁸ ROXIN, C., *Göttinger Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, en Roxin, *Problemas básicos ...*, op. Cit., p. 128/148

²⁹ ROXIN, C., *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin-New York 1973, en Roxin, *Problemas básicos ...*, op. cit., p. 241/259; también en Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, cit., p. 181/247

³⁰ ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, segunda edición, año 1997.

³¹ Existe consenso en señalar el inicial con la invención de la máquina de vapor en 1775 por James Watt.

³² La primera recepción legal del riesgo como factor objetivo de atribución de responsabilidad se encuentra en el art. 1384 del Código Civil Francés y 2229 del Código de Luisiana.

*indemnizar a la víctima vale tanto como condenarla a soportar el mal económico implicado en un daño que sin su culpa se produjo ... tales supuestos de daños bilateralmente fortuitos para la víctima y autor han implicado encontrarse con dos riesgos: uno de dañosidad implícito en el ejercicio de toda actividad y otro de vulnerabilidad que acompaña a todo sujeto, por el mero hecho de existir.”*³³

Es verdad que en el campo del derecho privado se utiliza el criterio del “riesgo creado” para extender la responsabilidad civil a supuestos no cubiertos por los factores de atribución subjetivos, pero en la dogmática penal el principio del “riesgo” se utiliza como filtro con el propósito de acotar la tipicidad penal.

b. *Intervención de la víctima*: el artículo 1111 del código Civil Argentino, vigente desde 1871, establece: “*el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna*”. Las fuentes históricas citadas por el codificador argentino son antiquísimas, remontándose a la ley 203 del Digesto. Aubry y Rau ejemplificaron el alcance del principio consagrado en la disposición legal de la siguiente manera: “*Si alguno, arrojando alguna cosa sobre un terreno que le pertenece, y que no está sometido a una servidumbre de paso, hiriese por casualidad a un extraño que se encontraba allí sin permiso, no comete cuasidelito*”³⁴

Los comentaristas del Código Civil Francés enseñaron que “*si ... ambas culpas concurrieron a la producción del daño; procede en tal caso el juez a una división de responsabilidad bajo la forma de una moderación de los daños y perjuicios reconocidos a la víctima ... la concurrencia de culpas determina, no un desplazamiento de la responsabilidad, sino sólo una moderación de la misma; a cada cual según la parte que tomó en el daño*”³⁵

Como se verá en los capítulos pertinentes, gran parte de la doctrina penal coincide en que si la víctima ha participado causalmente en la producción de su propio daño, sería posible afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor o al menos, la necesidad de considerar la conducta de la víctima como pauta aminorante al momento de la determinación judicial de la pena.

c. *La costumbre contra legem y la “adecuación social”*: Se ha entendido también que la adecuación social, principio formulado en nuestro campo por Welzel, se

³³ Cfr. LOPEZ OLACIREGUI, “Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo”. En *Rev. Jur. de Bs. As.*, p. 67 y ss. 1964, IV, citado por MOSSET ITURRASPE, en *Responsabilidad por daños*. Tomo I, Ediar, Bs. As., 1971, p. 119. citado por NAGER, H., ob. cit.

³⁴ VELEZ SANSFIELD, D. Nota al artículo 1111 del Código Civil Argentino.

³⁵ Cfr. JOSSERAND, L. *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Bosch, y Cía., Bs. As., 1950, p. 338, citado por NAGER, ob. cit.

encuentra íntimamente vinculado a la idea del derecho consuetudinario derogatorio.³⁶ Enrique Aftalión y José Villanova al referirse a la costumbre “contra legem” afirman que la ley puede perder vigencia por obra de la costumbre “en los casos en que la práctica prescinde de la ley y se actúa como si esta no existiera” o mediante “la formación de una costumbre contraria (costumbre abrogatoria)”³⁷

A su vez, aún frente al texto del artículo 17 del Código Civil Argentino, según ley 17.711 (ADLA, XXVIII-B, 1810), los autores citados opinan que “la costumbre seguirá naturalmente rigiendo muchas instituciones. Inclusive puede pensarse que así como no respetó la prohibición que imponía el artículo 17, tampoco se ha de respetar la limitación que el nuevo texto mantiene al restringir su papel a los casos silenciados por las leyes (costumbre *praeter legem*), pudiendo eventualmente regir *contra legem*”³⁸; por último, y ya refiriéndose al papel de la costumbre en el Derecho Penal sostienen que “no existe nada que se oponga decisivamente a la formación de una costumbre desincriminatoria, como no sea el apego de los juristas a la ley y el repetido estribillo de que la ley es la única fuente del derecho penal”³⁹

d. *Interpretación teleológica de la ley y el fin de protección de la norma*: Es bastante aceptado en la doctrina civil que el juez debe realizar una interpretación teleológica de la ley, para lo cual debe valorar, por un lado, la intención del legislador al sancionarla, y por el otro, el contexto histórico social y cultural vigente.

El fin de protección de la norma, como pauta hermenéutica, es una herramienta de gran utilidad para el intérprete judicial, cualquiera sea la rama del saber jurídico que intente aplicar. En el derecho penal es uno de los criterios de imputación objetiva. Su origen ha sido ubicado en una sentencia del Tribunal Superior Alemán que decidió un caso de naturaleza civil y de allí pasó a su posterior aplicación al campo del derecho penal. En su momento me ocuparé con mayor detenimiento de este criterio fundamental.

3. Teorías de la causalidad:

Simplificando al máximo, la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* o de la *equivalencia de las condiciones*, en rigor, la única teoría causal en sentido estricto, llevaba a una causalidad infinita con resultados injustos e inclusive ridículos⁴⁰. Para

³⁶ Conf. NAGER, L. “Reflexiones en torno al origen extra-penal de la teoría de la imputación objetiva” en *LL-2008-C*, p. 777.

³⁷ AFTALION, E./VILLANOVA, J.; *Introducción al Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 707.

³⁸ *Ibidem*, p. 712

³⁹ *Ibidem*, p. 713

⁴⁰ Son clásicos los ejemplos que invitan a considerar causa del resultado homicidio a la procreación del autor o al carpintero que construyó la cama como causa del adulterio.

solucionar estos excesos de imputación se esbozaron correctivos acudiendo a otras teorías de la causalidad. Las más importantes fueron las teorías de la “causalidad adecuada” y de la “relevancia típica”.

a. La *teoría de la causalidad adecuada*, descansa en una aplicación del juicio de posibilidad a la relación causal. Para ella, “*se denomina causa de un resultado –en oposición a la teoría de la equivalencia- a aquélla condición “que es en general apropiada, según la experiencia, para producir el resultado típico. Por consiguiente, sólo la condición adecuada al resultado es causa”* ⁴¹.

Esta teoría sigue el procedimiento hipotético de eliminación de la *conditio sine qua non*, pero no acepta como causa a todas las condiciones del resultado que no puedan eliminarse mentalmente, sino solamente a aquellas que según la experiencia sean en general idóneas para producir el resultado típico. Causa sólo será la condición adecuada al resultado. De lo que se deduce que causa son aquéllas condiciones que aumentan de manera relevante la posibilidad del resultado típico.

Como puede notarse, la teoría de la adecuación no es una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Es decir, no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente.

Se trata de dos pasos mentales construidos sucesivamente: En primer lugar se verifica la existencia de un nexo condicional conforme a leyes, y en segundo término, si ese nexo causal es típicamente relevante. Por eso la teoría de la adecuación tampoco es una alternativa a la equivalencia de las condiciones, sino más bien su complemento. Pero tampoco debe entenderse suficiente como teoría de la imputación. Su ámbito operativo se limita en lo esencial a excluir la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales.

b. *Teoría de la relevancia típica*: Mezger propuso como paso inicial recurrir a la teoría de la “*conditio sine qua non*” para establecer la causalidad puramente física, y acto seguido, valorar la relevancia penal (importancia jurídica) de la conducta en cuestión mediante los principios de la adecuación y una interpretación conforme a sentido de los tipos legales. En otras palabras, esta posición implica la exigencia de una teoría de la imputación autónoma y subsiguiente al examen de la causalidad natural.

Con arreglo a esta teoría al autor sólo se le puede imputar la forma típica de producción del resultado, con lo que se excluyen los cursos causales atípicos. Es decir,

⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Ed. B de F, 2da. Edición, 2007; p. 7

las condiciones inadecuadas son irrelevantes en el campo jurídico, con lo que serán también irrelevantes las condiciones dentro del riesgo permitido y aquellas conductas que no incrementan el riesgo de lesión de bienes jurídicos.

Desde este punto de vista no cabe duda que puede citarse a estas teorías como antecedentes de la teoría de la imputación objetiva.

Como síntesis de las teorías causales de la adecuación y de la relevancia se puede decir con Gómez Benítez que “la pretensión subyacente a estas teorías es producto de una preocupación político-criminal generalmente aceptada: se trata, en suma, de restringir la excesiva amplitud de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que, inmersa en un sistema penal que gira en torno de la causalidad como eje de la responsabilidad penal ... produce efectos indeseables sobre la responsabilidad fundamentalmente en los delitos cualificados por el resultado, en los que consolida el *versari in re illicita*, y en los cursos causales irregulares, en los que no consigue impedir un regreso al infinito”⁴²

CAPITULO II

PRINCIPALES POSTULADOS DEL FINALISMO

No podría comprenderse de modo cabal el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva si no nos situamos en el contexto de la dogmática penal en que tuvo aparición, época signada por el apogeo de la corriente finalista de pensamiento fundada por Hans Welzel en Alemania y continuada por Armin Kaufmann y sus discípulos. Presentaré de modo sintético los postulados fundamentales de esta vertiente dogmática, en lo que entiendo indispensable para explicar el nacimiento del funcionalismo penal.

1. Welzel pretendió dotar al derecho penal de un nuevo modelo que llenara los vacíos a que daba lugar el causalismo. A su modo de ver, la causalidad como estructura óptica era incapaz de individualizar aquello que interesa primordialmente al derecho penal, esto es, la conducta humana. En efecto, desde el punto de vista causal no existe diferencia alguna entre la muerte de un hombre producida por el impacto de un rayo y la generada por los disparos que otra persona le ha efectuado, pues en ambos casos se trata objetivamente de una simple causación de un resultado debiendo reconocerse como única diferencia que en

⁴² Cfr. DONNA, E. A., *La imputación objetiva. Ensayos de derecho penal*. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997, p. 24/25.

la segunda hipótesis la muerte ha sido finalmente ejecutada⁴³. Pero como el Derecho penal no se interesa por todas las relaciones causales, reconoce que la única forma de deslindar los fenómenos naturales de las acciones humanas sea recurriendo al elemento intencional.

Para expresar estas nociones con palabras del propio autor, *es cierto que existe un ámbito ontológico con sus propias leyes, pero todo aquello que sea exclusivamente causal, que no pertenezca a la intencionalidad, está de antemano excluido de una valoración jurídico-penal*⁴⁴; mientras la causalidad es ciega la intencionalidad (voluntariedad) es vidente⁴⁵.

Importante consecuencia de la atribución de importancia al aspecto intencional de la acción, fue restar importancia jurídica a los resultados, y que en el sistema penal, sea determinante el desvalor de acción frente al desvalor de resultado. Nace así con el finalismo la teoría personal del injusto.

Son por todos conocidas las consecuencias sistemáticas a que este planteamiento fundado en que toda conducta humana es final ha dado lugar. Las más relevantes fueron el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad; la división de ésta en tipo objetivo y tipo subjetivo; y los consiguientes problemas que se generaron para la dogmática de los delitos imprudentes donde no había por definición una conducta final, poniéndose en su lugar la noción de “lesión del deber objetivo de cuidado”.

2. Pero la propuesta de Welzel no se detuvo en el plano óntico y dio un paso fuera del naturalismo con su concepción de que los bienes jurídicos no deben ser considerados como entes estáticos, sino como fenómenos capaces de interrelación social: los bienes jurídicos no son simples piezas de museo para su contemplación, forman parte de la vida social y deben ser considerados en su función dinámica de interrelación social. Ello explicaría la falta de interés del derecho penal en casos donde a pesar de darse una lesión a un bien jurídico, esa afectación no crea conmoción en las relaciones sociales. Así queda esbozada la teoría de la adecuación social que no encontró por su autor ubicación sistemática definitiva dentro de la teoría final del injusto, operando en ocasiones excluyendo la tipicidad de la conducta o su antijuridicidad.

En suma: la teoría propuesta por Welzel tuvo dos grandes postulados: uno que hace referencia exclusiva al aspecto subjetivo como principio rector de su sistema

⁴³ Cfr. WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª Edición, Berlin, 1969, p. 33. Citado por REYES ALVARADO, Y., en *Imputación Objetiva*, op. cit., p. 53, nota 22

⁴⁴ Cfr. WELZEL, H. *Studien zum System des Strafrechts*. Berlin und Leipzig, 1931, p. 707 y 719. Citado por REYES ALVARADO, *ibídem*, p. 54 y nota 24

⁴⁵ Cfr. WELZEL, H., *ZStW* 58 (1939), ed. cit., p. 502. En REYES ALVARADO, *ibídem*, p. 54 y nota 25.

penal (teoría de la acción final); mientras el otro se enfocó primordialmente a la consideración de las relaciones sociales (teoría de la adecuación social).

Debe retenerse esta idea, pues en la crítica al primer aspecto y desarrollo posterior del segundo, se edifica en lo fundamental, con distintos alcances y puntos de vista los sistemas funcionalistas teleológico-racional de Claus Roxin por un lado y el sistémico-radical de Günther Jakobs que paso a presentar.

CAPITULO III

CLAUS ROXIN: SISTEMA TELEOLOGICO-RACIONAL IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO.

I. Fundamentos:

En su “*Política Criminal y sistema de Derecho penal*”⁴⁶ el autor de cita se pronunció a favor de un sistema de Derecho Penal abierto, esto es, susceptible de recibir las valoraciones y principios por la vía político-criminal. La dogmática penal ya no será la barrera infranqueable a la política criminal como pregonaba Franz Von Listz. Persigue continuar la tarea de apertura del derecho a los valores iniciada por el neokantismo, pero sustituyendo la vaga y difusa orientación hacia los valores culturales “... *por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena*”⁴⁷

Coherentemente a este planteamiento, continúa operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo o el finalismo, si bien es cierto que orienta su estudio desde el primer momento atendiendo a consideraciones de política criminal. En su construcción, las categorías básicas del delito permanecen, puesto que las considera un logro de la dogmática, pero le acuerda diversa significación funcional. De tal manera que la *tipicidad* tendrá la función de cumplir con el principio *nullum crimen sine lege*, y ello tanto en el sentido de proteger al delincuente de la arbitrariedad, como a las potenciales víctimas de los delitos. La *antijuridicidad* es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones sociales de los conflictos, regulando la disputa entre intereses y contrainteresses – ponderación de intereses-; y la *culpabilidad* es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas. Por ello, si lo que interesa es prevenir delitos la culpabilidad no siempre deberá acarrear la imposición de una pena, sino solamente servir de “medi-

⁴⁶ ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Traducido por Francisco Muñoz Conde; Barcelona, 1972. La segunda edición es de 1973.

⁴⁷ ROXIN, pag. 113, N°24

da”: la culpabilidad es requisito necesario de una pena, pero no exige que ésta sea impuesta y, además, la pena que sí se imponga puede quedar por debajo de dicha medida o ser reemplazada por otras sanciones cuando lo exijan o permitan razones preventivas (generales y/o especiales).⁴⁸

Sigue una *teoría unificadora de la pena*, conforme la cual la pena cumpliría funciones específicas, que se presentan de manera distinta según las distintas etapas que van desde la conminación penal hasta la ejecución misma de la pena.

La tarea del Derecho Penal consistirá en la *protección de bienes jurídicos*, principio irrenunciable para limitar el poder estatal interventor. Hasta aquí, los rasgos sistemáticos más salientes de la construcción de Roxin.

2. Sus críticas al finalismo:

En la monografía sobre el concepto de acción⁴⁹ (1962) Roxin criticó lo que consideró excesos ontológicos del finalismo. Sostuvo que la base de la teoría del delito no debía ser un concepto final ontológico (natural, no jurídico) de acción, sino un concepto que armonizará con el sentido de la misma registrados en los tipos.

Rechaza el concepto final de acción entendido como “ejercicio de la actividad final” o como “supradeterminación de los cursos causales planteada y dirigida a una meta”. A la creencia de Welzel que la “*finalidad es un concepto tan ontológico como la causalidad*” Roxin le atribuye el fallo decisivo de toda la concepción. Para éste sí existe una ley causal, a la que ningún legislador del mundo podría añadir o quitar nada, pero niega que exista una estructura final preexistente. En su opinión, qué es final y qué no lo es, depende exclusivamente del orden jurídico y remata: el concepto de acción, está constituido de manera completamente distinta: quiere también *incluir la dimensión de sentido*.

El sujeto que no aprehende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenezidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente; en sentido jurídicopenal no actúa en absoluto. La finalidad, en cuando elemento constitutivo de la acción presupone, a más del control de los factores causales, para que sea jurídicamente fructífera, la aprehensión del sentido.

Con ello, el concepto de acción pierde su carácter previo o dicho de otro modo, su condición de ser algo que viene previamente dado. Si queremos saber que alguien ha actuado finalmente, no sólo hay que preguntar si el autor ha controlado los factores causales –lo que se podría constatar prejurídicamente– sino que debe examinarse si ha entendido el

⁴⁸ ABANTO VASQUEZ, M., *ibidem*, p. 4/5

⁴⁹ ROXIN, “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en *Problemas básicos*, p. 49

sentido de las circunstancias de hecho, y a este respecto es exclusivamente el legislador quien selecciona los elementos de significado jurídicamente relevantes. En consecuencia, no habrá actuado alguien que haya determinado el acontecimiento externo en toda su extensión, si no tenía claro un factor de sentido empleado por el legislador en el tipo. El concepto final de la acción, concluye Roxin, no sólo no viene ontológicamente dado, sino que es un “producto jurídico-normativo por excelencia”.

Si esto es así, tampoco es posible formar un concepto ontológico del dolo y que sea independiente de la voluntad del legislador. Por el contrario, lo único que tiene sentido es denominar dolo a aquel grado de conocimiento de la significación que el legislador presuponga como mínimo para incurrir en pena.⁵⁰

Para comprobarlo, pone el siguiente caso: si mato a alguien con mi pistola, el apretar el gatillo, es decir, el proceso material como tal, sólo fundamenta la causalidad. El dolo no se encuentra en mi dedo, sino en mi cabeza: consiste en el cálculo previo y en la aprehensión del sentido de ese suceso, y sólo en ello. En el caso del omitente⁵¹, si deja voluntariamente ahogarse a un niño que ha caído a la bañera, aunque sepa que me encuentro obligado jurídicamente a salvarle de la muerte, en ese caso he calculado previamente el resultado y comprendido su significado social y jurídico en todos los sentidos imaginables. El dolo está constituido en este caso exactamente igual que en los hechos comisivos, sólo que su objeto es distinto. Si los finalistas más ortodoxos incluyen la causalidad en el dolo, ello se debe sólo a su concepto de acción, que no se acomoda a las omisiones y del que, se ha dicho, no se puede deducir nada para el dolo.

En consecuencia, -continúa Roxin-, ninguna teoría de la acción y, aún más, ningún otro concepto fundamentado ontológicamente de modo similar, pueden ser la base de un sistema del que se puedan derivar resultados prácticos. No se puede solucionar ningún problema jurídico con conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídicos, precisamente, por el hecho de serlo. De manera que: 1) se debe renunciar al concepto de una acción final llena de contenido, constituida con independencia de toda relación con el Derecho, porque tal concepto ni existe ni puede existir; 2) frente al procedimiento empleado por los finalistas ortodoxos, lo correcto es invertir la relación entre acción, finalidad y tipo: no es cierto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador

⁵⁰ Conf. ROXIN, *Problemas básicos ... op. cit.*, p. 95

⁵¹ Enseña que para la más reciente doctrina finalista, conforme a la esencia de la acción no hay hechos dolosos de omisión porque la acción consiste en el control del curso causal. El omitente no es causal porque no puede controlar ninguna cadena causal y no puede actuar ni final ni dolosamente. ROXIN, C., *Problemas Fundamentales, op. cit.*, p. 90

sea la que determine el contenido de la finalidad y del tipo, sino que, por el contrario, el tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo. 3) Así, pues, hay que sustituir la teoría final de la acción, por una teoría final del tipo, porque el mismo concepto de finalidad es distinto: es de carácter normativo, y según su contenido de sentido, sólo se puede descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos.⁵²

Arrancado el carácter ontológico (natural) a la acción, ésta convierte en “*extorización de la personalidad humana*”, en manifestación de todo lo atribuible al hombre (centro de actos anímicos-espirituales), lo que permite incluir en su seno indistintamente comportamientos dolosos, culposos y omisivos, todo lo contrario del finalismo que prácticamente requería de una teoría para cada tipo de injusto. En consecuencia, acción es «*todo lo que puede ser atribuido a una persona como centro de actos anímicos-experimentales*».

Ello conlleva el desvalor del bien jurídico y pasa a ser desvalor del resultado. La “*imputación objetiva*”, para vincular a un sujeto al acto delictivo, exige, a más de la causalidad, la realización de un riesgo no permitido, restringiendo razonablemente los delitos imprudentes, limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de riesgos insoportables para la seguridad de las personas.

3. Contenidos de la imputación objetiva:

Ya mencioné que Roxin había retomado las líneas directrices sobre la “*posibilidad objetiva de pretender*” desarrolladas por Honig. Con su reducción al principio del riesgo consigue entonces fundar una teoría de la imputación para los delitos de resultado completamente desligada del dogma causal.

Del objetivo de Honig de excluir aquéllos cursos causales imprevistos y casuales mediante la noción de “*dirigibilidad*” de la conducta que se sigue de la “*posibilidad objetiva de pretender*”, Roxin sustituyó esa “*dirigibilidad*” por la idea del “*riesgo*”, abriendo el camino a la teoría de la imputación objetiva.

En otros términos la dirigibilidad objetiva de un curso causal dañoso depende de si el comportamiento de la persona en cuestión constituye o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica a un bien jurídico.

Esta diversificación de la dirigibilidad objetiva en el principio del riesgo consiente entonces una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma

⁵² *Ibidem*, p. 113 y ss.

causal para los delitos de resultado, diversificación que lo lleva al desarrollo de los conocidos fundamentos por los que descarta la imputación objetiva, a saber: los criterios de *disminución de riesgo; creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; aumento o falta de aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma*⁵³.

Así nace el “principio del riesgo”, como contenido fundamental de la teoría de la imputación objetiva. Pero en su sistemática, la imputación al tipo objetivo presupone la acreditación de la relación causal. De allí que en los delitos de resultado⁵⁴ debe procederse a la constatación de la causalidad y posteriormente, en un camino inverso, la conexión del resultado mediante el empleo de la imputación objetiva.

Aplicar la imputación objetiva –explica el autor- consiste en describir las circunstancias que hacen de una causación -como límite extremo de la posible imputación- una acción típica, v.gr., de una causación de muerte, una acción homicida relevante, mediante dos principios fundamentales: a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado⁵⁵; y b) excepcionalmente, si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones, puede desaparecer la imputación⁵⁶.

En resumen, “*la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo*”⁵⁷.

Así expuesta, según la sistemática de Roxin, la teoría impide la imputación del resultado cuando el autor con su conducta ha disminuido el riesgo, o no lo ha aumentado de manera jurídicamente considerable o cuando se ha obrado dentro del riesgo permitido. Fuera de estos casos, quien ha creado un riesgo prohibido debe responder al menos por la ten-

⁵³ ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. En *Problemas Básicos* p. 131/146.

⁵⁴ En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial.

⁵⁵ Ejemplo: A dispara dolosamente con el fin de matar a B, quien sólo sufre unas lesiones leves; al ser trasladado a un hospital, muere a consecuencia de un incendio que allí se desata. El disparo de A ha sido la causa, ciertamente, de un peligro no permitido, pero en el incendio del hospital, no se concreta el peligro que parte de una lesión leve producida por el disparo. Por esta razón el resultado muerte no se le puede imputar al autor, quien responderá solamente por tentativa de homicidio.

⁵⁶ Ejemplo: X convence a Y para que intente ascender a una elevada montaña, por un camino sumamente peligroso; de acuerdo con lo previsto por X, Y sufre un accidente mortal; en este caso, X no sólo ha causado la muerte de Y, sino que también ha facilitado la concreción de un peligro desaprobado, originado por él. No obstante, X no ha cometido una acción punible de homicidio, porque si de conformidad con lo previsto por el Código Penal Alemán, no es punible la instigación al suicidio, tampoco podrá serlo la simple instigación a arriesgar la propia vida.

⁵⁷ ROXIN, C., en *DP PG I 1997*, 11/41 p. 364

tativa del delito si finalmente ese riesgo no se ha realizado en el resultado. Precisamente en este nivel de imputación, el de la realización del riesgo, son tratados los problemas que surgen de los llamados comportamientos alternativos conforme a derecho, de los cursos causales inadecuados y de la denominada teoría de la elevación o incremento del riesgo. Finalmente, en el último nivel de imputación, la esfera o fin de protección de la norma, se tratan los casos de propia puesta en peligro por parte de la víctima, o peligro provocado por un tercero pero consentido por la víctima, entre otros muchos supuestos.

Corresponde el estudio individual de los contenidos de cada criterio de imputación para comprender su funcionamiento:

4. Los criterios de imputación objetiva en el ámbito de la creación de riesgos:

a. exclusión de la imputación en caso de disminución de riesgos.

De acuerdo con el principio de disminución de riesgo, una acción formalmente coincidente con el tipo, no es sin embargo objetivamente imputable cuando el resultado por ella causado neutraliza la producción de un resultado de mayor gravedad.

Quien observa cómo una piedra vuela peligrosamente a la cabeza de otro y, aunque no la pueda neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de condicionar el resultado, no comete unas lesiones, pero esta conclusión no se puede fundamentar adecuadamente con arreglo a la teoría de la equivalencia, de la adecuación o cualquier otra teoría causal.

De allí que con arreglo a este criterio se excluya la imputación del resultado porque sería absurdo que el Derecho penal prohíba acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido.

En otras palabras, *lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal. Esto vale para todos los casos de mitigación de sucesos dañosos.*⁵⁸

Se ha observado a este planteo que los casos de disminución del riesgo se podrían solucionar desde el punto de vista de la antijuridicidad, aceptando un estado de necesidad justificante. Torío López, por ejemplo, invita a meditar si con esta construcción no se produce un vaciamiento de las causas de justificación⁵⁹.

⁵⁸ ROXIN, C., “Reflexiones sobre la problemática de la imputación ...” en ROXIN, C., *Problemas básicos*, p. 131

⁵⁹ TORIO LOPEZ, A., en *Fin de protección y ámbito de protección de la norma*. Sostiene que el sistema positivo exige distinguir entre tipo y causas de justificación, tanto en una visión bipartita, en que las causas de justificación operan como elementos negativos del tipo, como tripartita, en que la tipicidad y la antijuridicidad son

Ante estos planteos responde Roxin que apelar a tal solución presupone por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito, siendo que eso es precisamente lo que falta, pero que la situación es distinta en caso de que alguien no debilite un peligro ya existente, sino que lo sustituya por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para el sujeto que lo que hubiera sido el peligro inicial ⁶⁰. En estos casos, el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero que pueden justificarse por consentimiento presunto o por estado de necesidad.

Entonces, en los casos de disminución de riesgo, no existe duda con respecto a la causalidad de la acción frente al resultado en su forma concreta. No obstante, ha de rechazarse la imputación del resultado, porque ni el sentido ni el fin de las normas penales pueden estar dirigidos a la prohibición de acciones que reduzcan el riesgo de producción del resultado, debiliten lesiones a los bienes jurídicamente protegidos o demoren su realización.

Precisando su funcionamiento, para que la disminución del riesgo excluya la tipicidad de la conducta no basta el hecho cuantitativo de reducir el peligro para un bien jurídico. Es necesario que además se reúnan los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de un *mismo bien jurídico*, cuya titularidad pertenezca a *un solo sujeto*. En consecuencia, la disminución del riesgo que se presenta en caso de colisión de bienes jurídicos no excluye la tipicidad de la conducta, sino su antijuridicidad, porque estos fenómenos deben resolverse con base en las normas que rigen las causales de justificación. Así por ejemplo, quien daña los bienes de otro para evitarle la muerte.⁶¹

2. Que exista una *misma relación de riesgo*. Por consiguiente, podrá afirmarse la imputación del resultado, cuando quien realiza la acción de salvamento introduce un nueva relación de riesgo para reducir el peligro contra un determinado bien jurídico. Por ejemplo, la persona que para salvar la vida de alguien que se encuentra atrapado por el fuego, lo lanza por la ventana y le produce una lesión corporal.

elementos claramente diferenciados en la estructura del delito. Puesto que el estado de necesidad anula ya la imputación objetiva, podría afirmarse lo mismo de la legítima defensa. En las hipótesis de causación de un resultado para neutralizar una agresión ilegítima anterior, faltaría lógicamente la tipicidad, puesto que la acción causal de ese resultado –por ej., homicidio del agresor– no es objetivamente imputable, dado que disminuye el riesgo para el interés del agredido. El tipo de lo injusto comprendería entonces todos los elementos fundamentados, pero también los excluyentes de la antijuridicidad. Es claro que esto representa una revisión del estado actual de la teoría del delito, revisión que difícilmente se pueda realizar a la luz de un principio particular, Comcel de disminución del riesgo. Por tra parte, si este principio es coincidente materialmente con el estado de necesidad no podría éste ser estimado como un elemento negativo del tipo, al haberse tenido ya presente para excluir la imputación objetiva.

⁶⁰ Por ejemplo, quien tira a un niño por la ventana de una casas que sufre un incendio para salvarlo de las llamas, pero le causa considerables lesiones.

⁶¹ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General, PPU*, Barcelona, 1990, p. 245/246. Citado en nota 76 por LOPEZ DIAZ, C., en *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 68.

3. *Que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro.* Como se expresó anteriormente, no es suficiente el requisito cuantitativo de la disminución de un peligro; es necesario, además, determinar si el sujeto tenía o no la obligación de eliminar integralmente el riesgo creado, y podía hacerlo. Por consiguiente, el simple hecho de que un médico disminuya el peligro para un bien jurídico del paciente es un dato en sí mismo inocuo para la imputación, porque si estaba obligado (y podía hacerlo) a dejar indemne la salud, todo daño debe serle atribuido. Así, por ejemplo, al cirujano que salva la vida de alguien, pero le ocasiona la pérdida de un miembro; daño que se produce por una infracción a la *lex artis*.

b. Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro para el bien jurídico protegido:

Se ha hecho referencia a que el concepto de “riesgo” alude al desfavorable devenir de un suceso, o a la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajosas consecuencias⁶². Con arreglo a este criterio se rechaza la imputación al tipo objetivo cuando el autor no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable.

Sostuvo Roxin que este principio encaja perfectamente en la teoría de la imputación que defiende, y que proporciona el criterio de contenido del que depende la posibilidad objetiva de pretender. “... *el criterio de imputación del aumento del riesgo no es sino una especialización –si bien singularmente agudizada y discutida- de la idea de la posibilidad objetiva de pretender. ... El principio del incremento del riesgo sólo proporciona el criterio de contenido del que depende la posibilidad objetiva de pretender*”⁶³

A estos supuestos pertenece el caso de la tormenta y cualquier otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la ciudad, subir escaleras, escalar una montaña, tomar un avión, etc. Incluso, cuando tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unido a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico. Lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable, como la conducta del que verte una pequeña cantidad de agua en

⁶² Cfr. REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*, ob. cit., p. 90

⁶³ ROXIN, C., “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal”, en *Problemas básicos* ... ob. cit., p. 135/136

una represa a punto de romper, si bien es causal respecto del resultado inundación, no se puede imputar el tipo penal porque los peligros que quiere prevenir ese precepto no son aumentados al añadir una cantidad tan escasa de agua ⁶⁴.

Roxin enseña que *“el principio de imputación de la creación o el aumento del riesgo coincide en lo sustancial con la teoría de la adecuación y con el principio desarrollado por Larenz y Honig de la pretendibilidad objetiva. Una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá acarrear por casualidad el resultado, por lo que éste no se puede provocar finalmente de ese modo. 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 que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir, todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (ex ante) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro; y para ello también hay que dotar al observador del eventual saber especial del autor concreto. Así, pues, si alguien aconseja a otro que de un paseo, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato u homicidio si se mata al paseante”*⁶⁵

Nadie apreciará una acción de homicidio por que el sobrino que quiere heredar el patrimonio de su tío le recomiende que de un paseo por el bosque con la esperanza que lo alcance un rayo, lo que efectivamente sucede. No se puede pretender objetivamente causar una muerte de ese modo. Para Roxin, quien niegue que aquí falta el dolo debe reconocer que no se ha creado en absoluto un riesgo jurídicamente relevante de lesión y que por ello, objetivamente ya no era posible la imputación del resultado.

En base a los mismos puntos de vista se resuelve también la problemática de las llamadas *desviaciones del curso causal*. Si la persona atropellada por un coche muere víctima de un accidente de tráfico al ser llevada al hospital, esa muerte no le es imputable al primer causante ni como homicidio doloso ni como homicidio imprudente, porque el dar lugar a un recorrido en coche no implica ningún riesgo jurídicamente relevante. Tampoco se puede pretender objetivamente provocar una muerte así.

En cambio, si una persona a quien se arroja desde un puente al agua con intención de que se ahogue, muere al chocar con un pilar del puente, antes de tocar el agua, este hecho no cambia para nada la afirmación de que hay una acción de homicidio doloso

⁶⁴ Cfr. ROXIN, C., *DP PG I 1997*, 11/45, p. 366/367

⁶⁵ *Ibidem*, *DP PG I 1997*, 11/46, p. 366

consumado porque la forma de ejecución escogida implicaba de antemano el riesgo que las cosas ocurrieran de esa forma.

c. Exclusión de la imputación en casos de riesgo permitido:

Aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, se excluye la imputación si se trata de un riesgo permitido.

Sobre la significación y posición sistemática del riesgo permitido *reina la más absoluta falta de claridad*, habida cuenta de su identificación por un sector doctrinario con el criterio de la adecuación social, participando de este modo de los mismos vaivenes de contenido y ubicación que sufrió este criterio.

Roxin deja establecido en su manual que entenderá por *riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo*⁶⁶.

Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante para la vida, salud y bienes materiales, cosa que prueba la estadística de accidentes. No obstante, el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intereses preponderantes de bien común. Por tanto, como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica. Por ello, si A es atropellado por B, pese a observar el cuidado necesario en el tráfico, B ciertamente habrá causado la muerte de aquél, pero no le ha matado en el sentido jurídicopenal. Sólo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica⁶⁷.

Dentro del ámbito del riesgo permitido entran todo el tráfico público terrestre, aéreo, marítimo-fluvial, etc.; el funcionamiento de instalaciones industriales, la práctica de deportes que implican riesgo, las intervenciones médicas curativas en el marco de la *lex artis*, etc. La delimitación del riesgo permitido respecto de los casos en que no se crea en absoluto un riesgo relevante no siempre es fácil, tanto más cuanto que la elaboración dogmática de esta figura se halla en sus inicios. Dichas inseguridades y fluidas transiciones carecen de consecuencias prácticas para la teoría de la imputación, ya que *tanto la falta de creación de peligro como la causación dentro del marco del riesgo permitido impiden por*

⁶⁶ ROXIN, C., *DP PG I*, 11/56, p. 372

⁶⁷ *Ibidem*.

igual la realización del tipo objetivo. Pero en todo caso un punto de apoyo sustancial es el establecimiento de reglas de cuidado como las que existen en el tráfico, o para el funcionamiento de instalaciones técnicas, para la práctica de deportes peligrosos, etc.; pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante ⁶⁸.

También es atípica la provocación de cursos causales en el marco del riesgo permitido. Caso en que A persuade a B para que realice un viaje en avión con la esperanza, que luego efectivamente se cumple, de que aquél se estrelle, no se realiza el tipo objetivo de homicidio. Lo mismo sucede, en el caso más realista, de que alguien motive a otro a dedicarse a profesiones o deportes peligrosos, por mucho que persiga malas intenciones, pues ello no es jurídicamente abarcable (por ejemplo, como tentativa de homicidio)⁶⁹

5. Los criterios de imputación objetiva en el ámbito de realización de riesgos:

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, requiere su concreción en la producción de un resultado. Las consideraciones de Roxin en este punto se vuelven muy finas y difícilmente generalizables. Se lee incluso que la determinación de la realización del riesgo requiere de sutiles investigaciones lo que deja la cuestión abierta. Sin embargo, se puede inferir de su construcción que no hay realización de riesgos en las siguientes situaciones: a) Cuando no se materializa el peligro; b) Por falta de realización de un riesgo no permitido; c) Porque el resultado no está cubierto por el ámbito de protección del tipo.

a. Cuando en el resultado no se materializa el peligro

La imputación presupone que el riesgo desaprobado, originado por el autor, se haga realidad justamente en el resultado. Por lo tanto, se excluye en principio una imputación, cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídicamente protegido, pero el resultado no se puede considerar como la realización de ese peligro, sino que solamente se encuentra en una relación fortuita respecto de él.⁷⁰

A esta clase pertenecen los casos en los cuales se logra el resultado en razón de una cadena imprevisible de eventos causales. Por ejemplo, cuando la víctima de una tentativa de homicidio muere no como consecuencia del disparo que le propinó su atacante, sino en el incendio del hospital a donde fue llevada en busca de atención médica. Por el contrario, en las desviaciones de causalidad insignificantes, el resultado debe ser imputado cuan-

⁶⁸ Ob. cit., 11/57, p. 372

⁶⁹ Cfr. ROXIN C., *DP PG I*, 1997, 11/58, p. 373

⁷⁰ LOPEZ DIAZ, C., *Introducción a la imputación objetiva*, ob. cit., pág. 75

do la acción tentada eleva el peligro posterior del desarrollo causal en forma jurídicamente relevante, lo que hace que el resultado sea la consecuencia de una adecuada realización del peligro creado por la tentativa. (ejemplo del que arroja a una persona desde un puente al río, para que se ahogue, y muere al impactar contra una de las columnas).

b. Exclusión de la imputación por falta de realización de un riesgo no permitido:

En los casos del riesgo permitido, la imputación presupone la transgresión de la frontera de permisión, y con esto la creación de un peligro desaprobado. Pero no basta con dicha transgresión, porque para poder imputar el resultado es necesario que la violación del riesgo permitido haya influido en la forma concreta del resultado.⁷¹ (ejemplo del accidente producido por el estallido de un neumático durante una maniobra de adelantamiento imprudente)

También considera Roxin que debe excluirse la imputación en casos que la transgresión del riesgo permitido no es completamente irrelevante para el resultado concreto, sin embargo, el desarrollo del suceso es tan atípico, que ese resultado no puede ser considerado como la realización del riesgo no permitido. Por ejemplo si alguien muere de un infarto cardíaco, porque otra persona lo sobrepasó en forma peligrosa o le causó un accidente leve.

c. Las conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo:

Se trata de casos en los que alguien ha traspasado las fronteras del riesgo permitido, sin embargo se demuestra que aunque se hubiere observado el cuidado exigido, el resultado, con gran probabilidad, también se hubiera producido.

Para Roxin, lo determinante en estos casos no es preguntarse si el resultado se hubiera producido con una gran probabilidad, aun observando una conducta reglamentaria, sino que debe indagarse si la conducta contraria a la norma de cuidado elevó el riesgo de producción de un resultado.

Por ejemplo, en el caso del ciclista ebrio que producto de una maniobra instintiva cae bajo las ruedas traseras de un camión que había emprendido una maniobra de adelantamiento sin guardar la distancia reglamentaria, se demostró que el accidente también se habría producido aunque el conductor hubiera mantenido la distancia lateral exigida. Aplicando la teoría del incremento del riesgo de Roxin, si se demuestra que con una conducta re-

⁷¹ Claudia López Díaz, ob. cit., p. 76

glamentaria la probabilidad de un resultado lesivo sería de un 70% por ejemplo, y que con una conducta antirreglamentaria lo será de un 80%, ese incremento del riesgo de un 10% es suficiente para imputar el resultado, aun cuando en ambos casos, con una gran probabilidad, el resultado también se hubiera producido con una conducta reglamentaria.⁷²

¿Cómo se determina si hubo un incremento del riesgo? Se debe examinar qué comportamiento, según las reglas del riesgo permitido, no se le hubiera podido imputar al autor como lesión del deber. Con este comportamiento se compara la acción del acusado y se constata si el comportamiento incorrecto ha aumentado la posibilidad de que se produzca el resultado” o si por el contrario, el riesgo que representa la acción imprudente es el mismo que existiría si se hubiese cometido un acción peligrosa permitida. En el primer caso, opina que es lícita la condena por delito culposo; en el segundo no. Porque esto debe ser así: porque si no, responde, el legislador trataría supuestos de hecho iguales distintamente, lesionando así el principio de igualdad. Una acción que no aumenta el riesgo permitido, que no aumenta el peligro de la producción del resultado, debe ser juzgada, dentro de esta conexión, cuando causa el resultado, igual que el comportamiento no prohibido⁷³.

Roxin piensa que si se sigue su procedimiento, no será necesario acudir a procesos causales hipotéticos sobre los cuales casi nunca se podrá llegar a un conocimiento exacto; su tesis opera con factores comprobables científicamente, porque una pericia podrá indicar al juez cuál es el grado de posibilidad que representa para la muerte el comportamiento prudente y el imprudente.

La teoría del incremento del riesgo ha recibido críticas de distintos sectores que le atribuyen la violación del principio *in dubio pro reo*.

Gimbernat Ordeig soluciona estos casos acudiendo al principio del fin de protección de la norma. Entiende que aplicar la teoría del incremento del riesgo llevaría a soluciones equivocadas (la responsabilidad del agente). “*Por lo que se refiere a los delitos culposos, la solución parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Cuál sea el fin de la norma, es algo que se determina fácilmente acudiendo a los métodos corrientes de la interpretación jurídicopenal. En lo delitos dolosos el procedimiento es análogo: si el resultado*

⁷² GIMBERNAT ORDEIG, E., *Infracción del deber de diligencia y fin de protección de la norma en los delitos culposos*, p. 674; citado en nota 93 por LOPEZ DIAZ, C., ob. cit., p. 79

⁷³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Ed. B de F, 2da. Edición, 2007, p. 144

producido es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito consumado”⁷⁴

d. Exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el ámbito de protección del tipo:

Se parte del principio de que las normas de cuidado que se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado, no tratan de evitar cualquier clase de resultados; su finalidad, estriba en prevenir resultados concretos. En consecuencia, si el daño producido no es de aquellos que la norma de cuidado trataba de evitar, no le es atribuible al sujeto.⁷⁵

Bajo este criterio analiza los siguientes casos: 1) la participación en una autopuesta en peligro; 2) el consentimiento en una autopuesta en peligro, realizada por otro; 3) el traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno; y para los delitos imprudentes, 4) los daños derivados de un shock y 5) daños posteriores sobrevinientes.

Aclara que el criterio del fin de protección de la norma de cuidado es distinto del fin de protección del tipo penal. En la primera hipótesis se trata de una interpretación teleológica de la norma que delimita el peligro tolerado, en los casos del riesgo permitido. En la segunda, de fijar cuál es el ámbito de protección que queda cubierto por un determinado tipo penal.⁷⁶

6. El criterio del fin de protección de la norma:

a. Que el resultado encaje en el fin de protección o evitación de la norma, remite a la idea que nos encontramos ante un criterio de interpretación –y restricción– teleológica del tipo, que quiere llevar a la exclusión de la imputación objetiva del resultado que no resulte coincidente con dicho fin de protección.

En su formulación básica el principio indica que *imputable sólo lo es el resultado que es producto del riesgo que quiso prevenir la norma violada, no otro no abarca-*

⁷⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos Cualificados ...* op. cit., p. 157

⁷⁵ Ejemplo: los reglamentos de circulación de algunos países establecen que cerca de las escuelas y colegios los automóviles deben limitar la marcha a una velocidad equivalente a la que emplea un transeúnte; si alguien que conduce a 60 kilómetros por hora colisiona en una de estas zonas con un ciudadano adulto que súbitamente irrumpe en la calzada, es indiscutible que ha transgredido una norma reglamentaria. En otras palabras, ha quebrantado el riesgo permitido. No obstante no se le puede atribuir el resultado, porque el daño producido no es de aquellos que la norma de cuidado infringida trataba de evitar. La limitación de la velocidad en esas zonas apunta a proteger a los niños pertenecientes al estamento escolar; no a toda clase de peatones que transitan por ahí. Si se tratara de evitar accidentes relacionados con adultos, el tráfico automotor se hubiera limitado en todo caso a la velocidad permitida cerca de escuelas y colegios.

⁷⁶ LOPEZ DIAZ, C., op. cit., p. 78

do por esa norma⁷⁷. En otras palabras, este principio intenta determinar cuándo la producción de un resultado típico cae o no fuera del campo de protección de la norma.

Este criterio ha sido calificado como el “principio básico” o “supra concepto” de la imputación objetiva del que los demás serían manifestación concreta, es decir, contemplan dicho ámbito de protección desde distintas perspectivas, v.gr., la de otro autor, la de la causalidad, la de la propia víctima, etc., lo que conlleva a elaborar excesivos criterios de imputación⁷⁸. De allí que se alcen voces que sostengan la extrema vaguedad del principio y nieguen la utilidad del criterio dentro de una teoría de la imputación objetiva⁷⁹.

b. ¿Cómo se determina el fin de protección de la norma? Acudiendo a los procedimientos corrientes de la interpretación jurídicopenal, en rigor, *aplicando el método teleológico de interpretación*, que permitirá desentrañar qué resultado pretendió evitar la norma con la instauración del deber de cuidado, en el caso de los delitos imprudentes, pudiendo aplicarse el mismo procedimiento para determinar la imputación objetiva del resultado en los delitos dolosos. De tal modo que puede verificarse si el resultado acaecido en el plano fáctico es o no, con arreglo al fin de protección de la norma, uno de aquéllos abarcados por el tipo penal, en cuyo caso será o no objetivamente imputable al condicionante doloso o imprudente del resultado.

c. En cuanto al origen de la doctrina del fin de protección de la norma, se ha afirmado que tuvo su primera aplicación en la jurisprudencia civil alemana, siendo inmediatamente recogidas por las jurisprudencia y doctrina penales, en especial, por los trabajos de Enrique Gimbernat Ordeig y Claus Roxin, desde la década de 1960, dando lugar a que paulatinamente se generalizase la tesis de la necesidad de recurrir al fin de protección de la norma.⁸⁰

d. Entre quienes se inclinan por el reconocimiento de una teoría del fin de protección de la norma, difieren en señalar su campo de aplicación, existiendo inclusive opiniones dispares en relación a su contenido y ubicación sistemática.

i) Por ejemplo, hubo quienes la imbricaron en el campo de las teorías causales y de este modo utilizaron el fin de protección de la norma para 1) sustituir la doctrina de la interrupción del nexo causal; 2) para combinarla con la fórmula de la *conditio sine qua non*, afirmando que causa de un resultado es aquella conducta que siendo contraria al fin de protección

⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Teknos, Madrid, 2011; p. 72

⁷⁸ CUELLO CONTRERAS, J., “Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva”, en *Revista Cuadernos de Política Criminal*, Número 89, 2006, ISSN 0210-4059, p. 6

⁷⁹ REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*, p. 216/217

⁸⁰ *Ibidem*, p. 207/208

de la norma, no pueda ser mentalmente suprimida sin que el resultado desaparezca; o 3) como reformulación de la teoría de la causalidad relevante; habida cuenta que la mencionada teoría causal proponía seleccionar entre las causas que naturalísticamente concurrían para producir un resultado, aquella que de acuerdo con la interpretación de los respectivos tipos penales fuera jurídicamente relevante.

ii) Desde otro punto de vista, al fin de protección de la norma se la ubicó *dentro de una teoría de la imputación objetiva*, si bien no existe consenso en señalar con precisión las funciones que aquí puede prestar. Así por ejemplo, mientras Roxin, considera el *fin de protección de la norma como un correctivo para la imputación objetiva, adicional a los de la creación de riesgos desaprobados y su realización en el resultado*; Enrique Gimbernat Ordeig y Joaquín Cuello Contreras entienden al fin de protección de la norma como el primer principio –macro- de imputación objetiva del que los demás serían concreciones específicas.

Gimbernat Ordeig, aplicando el criterio del fin de protección de la norma solucionó el problema de la relevancia de los cursos causales hipotéticos y criticó la teoría del incremento del riesgo. Sostuvo, contra la doctrina dominante, que “*es irrelevante lo que habría sucedido si ...*”, puesto que lo único que importa es averiguar si la ley se dirigía o no con el establecimiento de un deber de diligencia a evitar un resultado como el que se produjo⁸¹.

Ilustra su funcionamiento mediante el siguiente ejemplo: Un conductor deja de observar la disposición del art. 17 g del Código de la Circulación y supera la velocidad de paso de hombre cuando se aproxima a un colegio, en horario de entrada y salida de los alumnos. Un suicida se arroja ante el vehículo y acaba con su vida. Si el automovilista hubiese obrado cuidadosamente, es decir, hubiera ajustado su velocidad a paso de hombre, el atropello no se habría producido, ya que hubiera podido detenerse a tiempo, sin embargo, el resultado no le es imputable, puesto que el mandato de disminuir la velocidad en las cercanías de escuelas persigue proteger a los niños que salen del colegio y no a los suicidas. Si el legislador quisiera evitar el riesgo de suicidios producidos en esta forma, debería prohibir el tráfico vehicular.

El mecanismo de indagación de la ratio de la ley es igualmente aplicable para los delitos dolosos y debe ser observado para llegar a resultados convincentes. Para explicar la operatividad del principio en los delitos dolosos se sirve del caso del padre que invitado a presenciar la ejecución del asesino de su hijo en el momento en que el verdugo accionaría la guillotina éste lo empuja y la acciona él mismo. No puede negarse que el padre ha sido quien condicionó dolosamente el resultado, sin embargo, al suprimir mentalmente su conducta, el resulta-

⁸¹ Enrique Gimbernat Ordeig. *Delitos Cualificados por el resultado y causalidad*. Ed. B de F. Montevideo-Bs. As., 2da. Edición, 2007; p. 151, nota 83.

do se habría producido del mismo modo y en el mismo momento por la intervención del verdugo. Dice Gimbernat que no es relevante lo que hubiera sucedido, sino lo que ha sucedido. Y lo que ha sucedido en el caso es precisamente lo que la ley quiere evitar. Con un medio idóneo –instrumento de ejecución de penas de muerte- el padre de la víctima ha matado dolosamente a una persona: la muerte se ha producido en concreto tal y como pensaba el vengador. La causa de justificación de cumplimiento de un deber –que eliminaría la antijuridicidad de las muertes causadas por los verdugos- no puede extenderse al vengador, pues al llevar a cabo la ejecución no está cumpliendo ningún deber, sino que, al contrario, lo está infringiendo. La razón de que se prohíba emplear un medio idóneo para causar la muerte es, naturalmente, la de impedir la muerte como consecuencia del uso [no autorizado] de dicho medio idóneo; y esto que se trata de evitar es lo que ha sucedido en este caso ⁸².

iii) La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ofrece variados ejemplos de aplicación –correcta- e –incorrecta- del criterio aquí estudiado.

En lo que se afirma la aplicación correcta, sostuvo: *“Que la calificación de velocidad prudencial no varía por la circunstancia de que en aquella zona de la vía pública existiera una señal de cruce, que avisaba la proximidad de la bifurcación de la carretera de Utrera; en primer lugar, porque de hecho no existía tal cruce por hallarse cerrada al tráfico dicha carretera, aunque la prohibición de paso, indicada con el correspondiente cartel, fuese burlada por algunos ciclistas y motoristas que pasaban por ella para llegar a fincas limítrofes, y, en segundo lugar, porque la norma de comportamiento del artículo 17 párrafo 1º, apartado b) del C. Circulación, hállase establecida para prevenir los peligros dimanantes de la coincidencia en el cruce de vehículos que circulen por distintas vías que allí se encuentran, mas no para la seguridad de los vehículos que transiten en dirección opuesta por la misma vía, a cuya seguridad trata de proveer ... otra norma del referido Código”* (STS del 27/11/1964)

Ejemplo de aplicación incorrecta del criterio aconteció en el caso del conductor de autobús que atropelló a un niño en el carril centroizquierdo de la carretera cuando éste cruzó la calle corriendo de izquierda a derecha en atención al sentido de marcha impuesto por aquél. La audiencia provincial condenó al conductor por homicidio imprudente. El Tribunal Supremo, con el aparato ideológico y dogmático que tenía entonces justificó la absolución acudiendo a su doctrina de la interrupción del nexo causal en los siguientes términos: *“el atropello y muerte no se originó por la infracción reglamentaria de índole topográfica, única imputable a la conducta del procesado, pero que al desvincularse del evento, debido al propio compor-*

⁸² Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig. *Delitos cualificados ...*, p. 156

tamiento de la víctima, que se dice salió inopinadamente a la carretera con la cabeza tapada, es obvio que la interferencia es de entidad más que suficiente para borrar el nexo causal”. (STS del 20/03/1964).

Afirma Gimbernat que no estamos en presencia de un problema de causalidad sino de imputación objetiva y propone examinar, con arreglo al fin de protección de la norma, qué se propuso el legislador cuando decidió establecer el deber de circular por la derecha y no por el carril centro izquierdo. ¿Pretende evitar el atropello de chicos que se crucen por la carretera? No. La norma que ordena la circulación de vehículos por la derecha lo hace para posibilitar una conducción ordenada, queriendo evitar el peligro de colisiones frontales con otros vehículos que circulen por la misma carretera en sentido opuesto, pero en modo alguno pretende evitar la muerte producida de niños que corren inopinadamente por la carretera. Por tanto, a pesar de que hay relación de condicionalidad, y que hay imprudencia, en su opinión *la absolución procede no por aplicación de la doctrina de la interrupción del nexo causal, sino porque el resultado no le es objetivamente imputable por no quedar abarcado por el fin de protección de la norma.*

6.1. Los casos de participación en una autopuesta en peligro y en la heteropuesta en peligro. Distintas opiniones:

a. *Roxin* considera este grupo de casos para ser resueltos con arreglo al principio del fin de protección del tipo. En su opinión, los casos de participación en una propia puesta en peligro son aquellos en los que la víctima percibe de manera clara y suficiente el riesgo generado y por tanto, el resultado no puede ser abarcado por el tipo penal, ya que si como ocurre en Alemania, la inducción al suicidio es impune, también deben serlo las acciones a propio riesgo, porque si se puede cometer impunemente lo “mayor” (la autolesión) con más razón debe ser impune lo menor (la propia puesta en peligro)⁸³

Y si en el Derecho penal alemán es impune la participación en suicidio o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible ni abarcado por el fin de la norma los casos de *favorecimiento o cooperación en una autopuesta en peligro dolosa*, pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro)⁸⁴ -argumento sistemático *a maiore ad minus* (de mayor a menor) y basado en la accesoriedad de la participación.

⁸³ Cfr. ROXIN, C., *DP PG I*, op. cit., 11/86, p. 387

⁸⁴ ROXIN, C., *Problemas básicos*, 1976, p. 183 y ss.; *DP PG I*, 1997, 11/86 y ss.; 11/132;

En cambio la puesta en peligro ajena (heteropuesta en peligro)⁸⁵, por mucho que sea aceptada o consentida por el afectado, por regla es punible (como también lo son el homicidio consentido o gran parte de las lesiones consentidas⁸⁶).

Hay casos, matiza⁸⁷, de heteropuesta en peligro aceptada que son equiparables a la simple participación en la autopuesta en peligro y entonces, igual que en ésta, no habrá imputación objetiva y serán atípicos⁸⁸, lo que sucederá sólo si la persona puesta en peligro es consciente del riesgo en la misma medida que el agente que le pone en peligro, requisito fundamental, al que añade otros dos previos: que el daño sea consecuencia del riesgo que la persona acepta correr y no de otros fallos, y que la persona puesta en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro, lo cual implica que sea imputable y no coaccionado, y que no se trate de un trabajador que, aunque conozca y acepte su puesta en peligro, tiene una situación de dependencia e inferioridad respecto del empresario en cuanto a la infracción de normas de evitación de accidentes laborales; si se dan todos esos requisitos, esa persona habrá “asumido el riesgo”⁸⁹.

b. Para *Gimbernat Ordeig*, en cambio, los casos de participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida *escapan al ámbito de aplicación del criterio del fin de protección de la norma*. Argumenta con la regulación española de la participación en el suicidio y del homicidio doloso o imprudente, destacando que el Código Penal si castiga la participación dolosa en el suicidio pero no la participación imprudente en el mismo, la participación imprudente en una autopuesta en peligro también ha de ser impune, a no ser que el consentimiento en esa autopuesta en peligro sea ineficaz o que el partícipe, además de partícipe, sea también garante; y por último, en su opinión, la heteropuesta en peligro consentida es siempre punible⁹⁰.

⁸⁵ ROXIN, C., *Problemas básicos*, 1976, p. 190 y ss.; *DP PG I*, 1997, 11/98 y ss.

⁸⁶ ROXIN, C., *DP PG I*, 1997, 11/100, argumenta que la heteropuesta en peligro aceptada no es equiparable de modo general al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro “porque aquel que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar los peligros con sus propias fuerzas.

⁸⁷ Y con esto se distancia de las tesis de Gimbernat.

⁸⁸ ROXIN, C., *DP PG I*, 1997, 11/100

⁸⁹ ROXIN, C., *PG I*, 1997, 11/100 (en el caso de la infracción de normas de evitación de accidentes laborales por trabajador y empresario, afirma por ello la responsabilidad de éste por el art. 222, o sea, homicidio imprudente). Anticipa ya la exigencia de esos tres requisitos para la equiparación en *Problemas básicos*, 1976, p. 192 y ss.

⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación Objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº2, 2004, p. 75/100. En este trabajo también descarta el criterio que excluye la imputación objetiva sobre la base del criterio de “competencia por organización” y por el “principio de autorresponsabilidad”. Tampoco matiza con la equivalencia de algunas heteropuestas en peligro con la participación en autopuestas en peligro como en la tesis de Roxin.

c. *Luzón Peña*, por su parte, entiende que la no imputación objetiva de una lesión a la conducta del tercero en algunos de aquéllos supuestos en los que la propia víctima acepta o consiente el riesgo de lesión, no se puede fundamentar satisfactoriamente con la mera argumentación desde la impunidad de la participación en el suicidio (que rige en Alemania, no así en otros códigos penales, como el español y argentino) o con el principio de autorresponsabilidad⁹¹; sino que dicha no imputación ha de basarse en el principio de alteridad o no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro⁹². Entiende que Roxin marca una línea de partida acertada cuando distingue entre el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro o autolesión, como regla atípica, y la heteropuesta en peligro (o heterolesión) por mucho que sea aceptada por el otro, como regla típica, salvo casos de equiparación a la primera.

Comienza por señalar que el argumento sistemático-formal de que si se puede impunemente lo más: participar en el suicidio; se puede impunemente lo menos: participar en la autopuesta en peligro de la vida, no vale en códigos penales como el español y argentino que sí castigan la participación en el suicidio, aunque justo es reconocer que el argumento será válido para los casos de participación en autopuestas en peligro de *otros* bienes jurídicos, puesto que la autolesión de los restantes bienes jurídicos personales es atípica (salvo que se vea afectado algún interés comunitario) y, por tanto, también es atípica la mera participación en tal autolesión.⁹³

El “principio de alteridad” o “ajenidad” de la lesión (*alterum non laedere*, no dañar o lesionar a otro) necesario para el nacimiento de la responsabilidad jurídica, se puede formular de modo negativo como “principio de no identidad” *entre el autor y la víctima de la lesión*, porque se parte de la base de que si un sujeto se daña a sí mismo, como regla no afecta la convivencia externa y por tanto al Derecho. Teniendo en cuenta que la ofensividad o lesividad como base de la antijuridicidad material no se limita a la lesión, sino que se amplía también a la peligrosidad para bienes jurídicos ajenos, se amplía asimismo la formulación del principio (prohibición) de alteridad como no lesionar a otro y no poner en peligro a otro (principio de alteridad de la puesta en peligro). Y como no existe prohibición de “identidad” de lesionarse o ponerse en peligro a sí mismo o a los bienes jurídicos propios (principio de no

⁹¹ Sobre este principio, ver más adelante, dentro de las tesis de Jakobs, “competencia de la víctima”, para cuyo desarrollo sigo la tesis de M. Cancio Meliá.

⁹² LUZON-PEÑA, D. M., “Principio de Alteridad o de Identidad vs. Principio de Autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal 2011-1, Imputación, Causalidad y Ciencia-III*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2011

⁹³ LUZON-PEÑA, D., ob. cit. , p. 28

identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro); al no estar prohibido como regla lo principal –la autolesión o la autopuesta en peligro–, menos aún se prohíbe el simple favorecimiento ajeno de la misma.

Entonces, trasladadas estas ideas a los grupos de casos aquí considerados, en la *heteropuesta en peligro consentida* debe verse que el sujeto pasivo, por mucho que consienta en el riesgo, tiene un papel puramente pasivo y deja que sea el tercero quien de modo doloso o imprudente controle y determine objetivamente el peligro, el curso del hecho, y sea autor exclusivo de la puesta en peligro y posterior lesión, teniendo en sus manos con lo que vaya haciendo el crear, incrementar o disminuir el peligro y el controlarlo o perder el control, de modo que no se puede decir que sea la víctima quien somete el bien jurídico al peligro. Por consiguiente, la regla es que en la *heteropuesta en peligro o autoría de una puesta en peligro ajena*, por mucho que sea aceptada o consentida por la víctima, es aplicable como totalmente prevalente el criterio de la alteridad (la prohibición de lesionar o poner en peligro a otro) y por tanto la imputación objetiva del resultado a la puesta en peligro realizada por el tercero, salvo los casos excepcionales de equiparación al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro.

En los supuestos de *heterolesión o lesión ajena consentida* –en los que la víctima no sólo consiente en el riesgo, sino también en la lesión, exactamente por las mismas razones el resultado no se le puede imputar objetivamente a la conducta pasiva de la víctima sino a la del tercero autor de la lesión. Otra cosa es que pese a la imputación objetiva el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad.

Por el contrario, en caso de *autopuesta en peligro* (en que la víctima acepta el peligro, pero no la lesión) *favorecida por un tercero*, por mucho que el tercero colabore o facilite no controla en absoluto la situación, el único que tiene en sus manos el control o determinación objetiva del curso peligroso, en el sentido de si se modifica, aumenta, disminuye o cesa, es el propio sujeto pasivo, de cuya conducta el tercero es mero partícipe. Por ello no se aplica aquí el criterio de la alteridad sino el de identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro, con la consiguiente imputación del resultado al propio sujeto pasivo y no a la conducta del tercero.

En el caso de *participación de un tercero en una autolesión* (en la que la víctima acepta la propia lesión) ocurre exactamente lo mismo y por los mismas razones.

Entonces, a efectos de imputación objetiva, la solución es la misma para la heteropuesta en peligro consentida que para la heterolesión consentida: en ambos casos hay alteridad –prohibición de lesionar o de poner en peligro a otro–, no identidad y por ello impu-

tación objetiva del resultado a la actuación del tercero; e igualmente es la misma en sentido inverso para la mera participación en una autopuesta en peligro que en una autolesión: identidad, no alteridad y por ello no imputación objetiva del resultado a la participación del tercero (se imputa sólo a la conducta de la propia víctima).⁹⁴

Pero con la afirmación o exclusión de la imputación objetiva no se cierra definitivamente la cuestión de si hay responsabilidad penal, pues aún debe examinarse si, pese a la imputación objetiva el consentimiento opera como eximente (de la lesión consentida) en algunos delitos y si pese a la imputación objetiva del resultado a la mera participación del tercero en una autolesión o autopuesta en peligro, existe algún supuesto en que excepcionalmente la ley castigue por sí misma tal participación⁹⁵, pero esta temática –justificación– resulta ajena al objeto de investigación de esta monografía.

6.2. Daños causados por “shock”

Son perjuicios o menoscabos físicos que un tercero padece cuando tiene noticia de la muerte o lesión grave de una persona cercana a sus sentimientos. La pregunta de si deben imputarse los daños al primer causante se responde negativamente, pues el fin de protección penal del homicidio o de la prohibición de las lesiones, no está en preservar a otro de efectos corporales que se producen como consecuencia de un primer accidente.

El fin de protección de la prohibición penal del homicidio o las lesiones no pretende preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas⁹⁶

6.3. Daños posteriores sobrevinientes.

Este grupo también precisa la limitación de la responsabilidad mediante el fin de la norma. Si una persona muere al poco tiempo de resultar de un accidente causado imprudentemente por un tercero, dicha muerte se le imputará seguro al causante dentro de los límites de lo previsible; pues no puede haber ninguna diferencia entre que la víctima muera enseguida o que tarde en morir algunos días. Pero esto no puede aplicarse sin más al caso de daños permanentes con consecuencias tardías⁹⁷. Por ejemplo: como consecuencia de un accidente de tránsito a una persona le amputan una pierna. Años más tarde, al andar con sus muletas, cae y se produce su muerte. En este caso, no es imputable este resultado al causante del accidente de tránsito porque no está dentro del fin de protección de la norma evitar daños pos-

⁹⁴ Cfr. LUZON-PEÑA, D., *ob. cit.* p. 32

⁹⁵ LUZON-PEÑA, D., *op. cit.*, p. 32 y ss.

⁹⁶ ROXIN, C. “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, en ROXIN, C., *Problemas básicos ... ob. cit.*, p. 196

⁹⁷ ROXIN, C., “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, en ROXIN, C., *Problemas básicos ... ob. cit.*, p. 193

teriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente.

Cosa bien diferente ocurre, desde luego, cuando sin solución de continuidad, la persona fallece después de una larga enfermedad causada por la lesión, siempre que concurran los restantes requisitos.

6.4 El traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno.

En la tesis de Roxin el fin de protección del tipo no abarca aquéllos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro⁹⁸.

En estos supuestos alguien crea un riesgo jurídicamente desaprobado y éste riesgo se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno.

Dicho con un ejemplo: A conduce un camión en la oscuridad, cuya parte posterior no dispone de luces. Una patrulla de la policía lo detiene y lo amonesta, imponiéndole también una multa. Para darles seguridad a otros vehículos que transcurren por allí, uno de los agentes coloca una linterna de luz roja en la calzada. La policía le indica a A que se dirija a la estación de servicio más cercana, al tiempo que lo quiere seguir para asegurar la parte posterior no alumbrada. Pero antes de la partida, uno de los policías retira la linterna del piso. En ese momento, otro camión se estrella contra la parte posterior del carro sin luces, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.

El Tribunal Supremo Alemán condenó por homicidio culposo al conductor que transitaba sin luces en la parte posterior. A este respecto se afirma la concurrencia de causalidad pero en cambio no está tan claro que se pueda aceptar la previsibilidad de ese curso causal y con ello la adecuación y realización del riesgo.

Pero la solución, enseña Roxin, ni siquiera puede depender de ello, porque aunque se parta del dato de la experiencia común que enseña que los policías también cometen fallos, el ciudadano no tiene por eso que ingresar a vigilar sus actos. Entonces, una vez que la policía había asumido la seguridad del tráfico, el suceso ulterior entraba dentro de su esfera de responsabilidad y por esta razón no se le puede imputar a aquél el resultado.

Este caso debe resolverse de acuerdo con el principio aquí mencionado. En efecto, a pesar de la causalidad, de la infracción al deber de cuidado (transitar sin luces) y de la concreción del riesgo no permitido, al conductor no se le puede imputar el resultado,

⁹⁸ ROXIN, C., *DP PG I*, 1997, 11/104, p. 398

pues en el momento en que el riesgo se realiza, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad, y al policía le era perfectamente evitable la producción del resultado.

La *ratio* de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes, de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse. Luego, la consecuencia políticocriminalmente correcta es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional⁹⁹.

Ello tiene importancia práctica sobre todo para las actividades que sirven para combatir peligros, como los bomberos, los rescatistas de montaña o bañeros, policías o en su caso soldados, donde la cuestión estriba en determinar si procede imputar al causante de estos peligros las lesiones o muerte producidas por quienes emprenden las actividades de salvamento o persecución. Mayor importancia práctica por la frecuencia de casos posee la cuestión de si procede imputar al causante de una lesión las consecuencias derivadas de fallos en el ejercicio de la actuación médica.

Para el primer grupo de casos, mientras Roxin se opone a la atribución de resultados al primer causante reparando en razones políticocriminales, Gimbernat los estudia fuera del ámbito del fin de protección de la norma y por distintos argumentos entiende que procederá su atribución.

En el caso más frecuente de fallos médicos posteriores a la actuación del primer causante, Roxin atiende al hecho de si la conducta médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización. Puesto que en el primer caso, si la víctima no muere por las lesiones que se le han inferido sino sólo por el peligro añadido por el fallo médico, entonces el médico habrá sustituido (desplazado) el riesgo originario por otro que entra exclusivamente en su esfera de responsabilidad, y excluye la imputación del primer causante, sea que el médico obró con imprudencia temeraria o por imprudencia leve. Pero si el médico que actúa imprudentemente no consigue detener el curso mortal de la lesión, sí procede distinguir su grado de imprudencia de éste, puesto que concurren dos conductas imprudentes que se realizan en el resultado y en este sentido es correcto castigar a ambos por homicidio imprudente. Si por el contrario, una lesión normalmente fácil de curar provoca la muerte sólo como consecuencia de una imprudencia médica temeraria o grave, la conducta médica defectuosa adquiere una preponderancia tal que políticocriminalmente no existe ninguna necesidad de “imputar

⁹⁹ Cfr. ROXIN, C., *DP PG I*, 1997, 11/105, p. 399

adicionalmente” el resultado final “también al autor del delito inicial: ello rige tanto desde puntos de vista de prevención general como de prevención especial. “*Este juicio según los fines de la pena debería ser lo decisivo*”¹⁰⁰

Siguiendo con la opinión de Roxin, lo mismo debería valer si el propio lesionado con su conducta equivocada no dolosa provoca su muerte o una agravación del daño. Sería inadecuado cargar al primer causante con la ligereza de la víctima y sus consecuencias.

7. Recapitulación. El sistema de Roxin:

Sintetizar la postura de Roxin no es tarea sencilla puesto que el alcance de su teoría se perfila a partir de la solución que ofrece para distintos casos configurando su sistema un cuerpo de “topoi”, esto es, un repertorio de puntos de vista para la solución de casos concretos. Pero puede verse que en el sistema de Roxin elaborado para los delitos de lesión, el resultado causado por el agente sólo se podrá imputar al tipo objetivo siempre que la conducta del autor haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido –dentro del alcance del tipo- y que ese peligro se haya realizado en el resultado concreto.

La falta de creación del peligro conducirá en todo caso a la atipicidad de la conducta, pero la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico podrá tener como consecuencia la ausencia de consumación y podría justificar la imposición de pena por tentativa.

Dentro del riesgo permitido desarrolla los siguientes criterios con los que considera procede la exclusión de la imputación: a) disminución de riesgo; b) si falta la creación de peligro; c) riesgo permitido. Y articula el principio de realización del riesgo no permitido, considerando excluida la imputación: a) si falta la realización del peligro; b) si falta la realización del riesgo no permitido; c) si el resultado no se encuentra cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado.

He tenido por conveniente desarrollar el criterio correctivo de Roxin del “fin de protección del tipo” dentro del más general denominado “fin de protección de la norma” que ha recibido tratamiento autónomo por distintos sectores doctrinarios. Sin embargo, debe reiterarse en estas conclusiones provisionales que el “fin de protección de la norma” se diferencia del “fin de protección del tipo penal”. Mientras que la primera hipótesis se trata de una interpretación teleológica de la norma que delimita el peligro tolerado en los casos de

¹⁰⁰ Cfr. ROXIN, C., *DP PGI 1997*, 11/110 p. 401/402

riesgo permitido, en la segunda, se intenta fijar cuál es el ámbito de protección que queda cubierto por un determinado tipo penal ¹⁰¹.

Hasta aquí el desarrollo de cuanto tengo por conveniente en relación a la imputación objetiva en el desarrollo de Roxin. Dejo para la conclusión, las valoraciones y críticas pertinentes que resulten de su oposición con el sistema funcionalista radical o normativo extremo de Günther Jakobs que paso a desarrollar.

Entre ambas posturas existen otros sistemas intermedios que como anticipé, no podrán ser abordados dentro del limitado marco de esta monografía, sin embargo, antes de ingresar al tratamiento de la imputación objetiva en la sistemática de Günther Jakobs; habiendo adquirido ya las nociones elementales sobre la imputación objetiva, deseo dejar sentada la postura del profesor Enrique Gimbernat Ordeig y la postura del Tribunal Supremo.

CAPITULO IV

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Y POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

1. En enjundiosa monografía ¹⁰², propone definir la imputación objetiva desde un doble punto de vista: La imputación objetiva es *positivamente* un elemento normativo del tipo. Y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes* en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la ley, a la imputación objetiva la ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo) ¹⁰³.

De este enunciado podría extraer las siguientes ideas útiles al propósito de esta monografía: la imputación objetiva se ubicaría en la tipicidad, como un elemento normativo no escrito o implícito que no debe confundirse con ninguno de los elementos del tipo objetivo, en especial, con la causalidad.

Pero el profesor Gimbernat brinda otras pautas adicionales de las que puede inferirse la función de la imputación objetiva en esta construcción teórica.

Afirma que lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella –desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto -de allí su conocida expresión de que la imputación objetiva es un

¹⁰¹ Cfr. ROXIN, C., *DP PG I*, 1997, 11/71, p. 313 y 314

¹⁰² GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Qué es la imputación objetiva?, En *Estudios penales y Criminológicos X* (1985-86), p. 169/185

¹⁰³ *Ibidem*, p. 175

fantasma que recorre los tipos-. La imputación objetiva permite explicar por qué la tipicidad es algo más que la mera yuxtaposición de los elementos tangibles del tipo -acción, causalidad y resultado en el tipo objetivo; y dolo o imprudencia en el tipo subjetivo-. Explica por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también la imputación objetiva¹⁰⁴.

De tal manera, en el tipo objetivo corresponde examinar si el resultado causado dolosa o imprudentemente se debe imputar objetivamente, tarea que asume con criterios normativos. Con otras palabras, cuando se ha condicionado dolosa o imprudentemente un resultado, ello no basta para emitir un juicio definitivo de tipicidad. Debe examinarse todavía, como último tramo del juicio de tipicidad, si ese resultado causado dolosa o imprudentemente es o no imputable objetivamente.

En el sistema de Gimbernat la imputación objetiva, a diferencia de Roxin, no es un criterio previo a los elementos subjetivos del tipo dolo o imprudencia. En su opinión, con esta teoría se explica por qué lo que es acción dolosa o imprudente causante del resultado típico, a veces y no obstante, tampoco es típica [por ausencia de la imputación objetiva]

Y aunque el profesor español se reconoce partidario de esta teoría tampoco considera que con ella que se puedan resolver todos los problemas de tipicidad, sino que con su ayuda sólo se resuelven aquéllos problemas que hasta la aparición de esta teoría o bien no se resolvían o se resolvían mal, por ejemplo, de la mano de teorías *pretendidamente* causales distintas de la teoría de la condición, según lo expresa y demuestra en una de sus investigaciones¹⁰⁵.

Por ejemplo, el grupo de casos de cursos causales irregulares en los que el primer autor ejecuta una acción con la intención de lesionar, pero no de matar, que se materializa en lesiones que no ponen en peligro la vida de la víctima, contribuyendo al agravamiento de la lesión originaria o a la muerte final la intervención dolosa o imprudente de la víctima y/o de una tercera persona o la predisposición física desfavorable de la propia víctima.¹⁰⁶, dice Gimbernat que no tiene ninguna aplicación la teoría de la imputación objetiva, ya que estamos únicamente ante un problema que puede y debe resolverse sobre la base de que

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 177

¹⁰⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

¹⁰⁶ En este grupo de casos el autor ejecuta la acción con intención de lesionar, no de matar; y la lesión inferida, por sí misma, no pone en peligro la vida de la víctima; pero dicha lesión inicial se ve luego agravada e, incluso, desemboca en la muerte de la víctima, porque a ello contribuye también la acción dolosa o imprudente de ésta y/o de terceras personas, o una predisposición física desfavorable del agredido.

con arreglo al vigente código penal¹⁰⁷ -que desterró el *versari in re ilícita*- la responsabilidad por dolo sólo entra en juego para los hechos causados dolosamente, la responsabilidad por imprudencia, para los hechos causados imprudentemente, debiendo declararse la no existencia de responsabilidad penal cuando el resultado –independientemente de si la acción inicial fue lícita o ilícita- ha sido causado fortuitamente por el primer autor, esto es, sin dolo y sin imprudencia¹⁰⁸.

En consecuencia, si a la herida dolosa –no constitutiva de tentativa de homicidio- le subsigue, por la intervención dolosa o imprudente de un tercero, o por cualquier otra circunstancia, como puede ser la predisposición física del agredido, una agravación no querida de la herida o, incluso, la muerte de la víctima, y tal agravación o tal muerte eran previsibles para el autor originario, entonces éste responderá de unas lesiones dolosas en concurso con unas lesiones más graves imprudentes o, en su caso, con un homicidio imprudente; en cambio, si tales resultados más graves se produjeron sin dolo ni imprudencia, esto es, imprevisiblemente, entonces al autor inicial únicamente se lo podría hacer responsable de la lesión originaria dolosa, sin que la ulterior agravación se le pueda imputar ni siquiera a título de imprudencia¹⁰⁹.

De acuerdo con ello, y en función de si el resultado final más grave se ha producido imprudente, doloso-eventual o fortuitamente, las conductas deben calificarse, respectivamente de concurso entre las lesiones menos graves y el resultado final (imputable a título de imprudencia) de lesiones más graves o muerte¹¹⁰; de lesiones más graves dolosas (por haberse producido el resultado final con dolo eventual)¹¹¹ o de ausencia de responsabili-

¹⁰⁷ Antes de la reforma Urgente y Parcial al Código Penal Español del año 1983, con la vigencia del principio del *versari in re ilícita*, si con ocasión de una acción ilícita penal se causaba un resultado más grave, éste debía imputarse al autor, aunque dicho resultado no se hubiera producido con dolo ni con imprudencia. Luego, en una aplicación consecuente del *versari*, los tribunales calificaban la conducta del autor teniendo en cuenta el resultado final (lesiones agravadas o muerte) prescindiendo de si ese resultado final se había causado por el lesionador originario con dolo o con imprudencia.^{107 107} A partir de la introducción, en 1983, del “principio de culpabilidad” en el Código Penal de España; ahora sólo existen dos títulos de imputación: el dolo y la imprudencia. Basta y sobra con la aplicación consecuente de dicho principio para solucionar satisfactoriamente estos casos en un Código Penal donde ya no rige el *versari in re ilícita* ni existe la atenuante de preterintencionalidad.

¹⁰⁸ Cfr. Gimbernat Ordeig, ob. cit. p. 73/74

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 76

¹¹⁰ Ejemplo: Concurso entre un delito de lesiones dolosas y un homicidio imprudente: “Con una empuñadura de acero colocada en la mano le dio un golpe seco [a la víctima] lo que le produjo una luxación completa de las vértebras C-5 y C-6 con sección total de la médula, lesión que le provocó de forma instantánea una tetraplejía de naturaleza irreversible, produciéndose posteriormente la muerte del agredido por no haber sido consciente el médico que primeramente lo atendió de la gravedad de las heridas que sufría el lesionado.

¹¹¹ Combinación dolo directo-dolo eventual: El acusado dio un puñetazo en el ojo a la víctima que le produjo el estallido del globo ocular. La sentencia de instancia había condenado por una falta dolosa de lesiones en concurso con un delito imprudente de lesiones por el resultado agravado, el TS casó la sentencia argumentando: “De ese análisis conjunto [de la sentencia de instancia] se sigue que la agresión fue producida de manera deliberada por el acusado y el resultado previsto por el tipo del art. 149 del C.P. –pérdida de miembro principal como lo es

dad por las lesiones agravadas o por la muerte cuando éstas han sobrevenido imprevisiblemente para el autor inicial¹¹².

2. En apretadísima síntesis esta es la inteligencia que le acuerda Gimbernat a la teoría de la imputación objetiva, coincidente, según su opinión, con la posición mantenida por el Tribunal Supremo en distintos pronunciamientos. V.gr.: STS del 17/01/2001: *“En los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva que existe cuando el sujeto cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido o aumenta un riesgo no permitido y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce ...”*¹¹³.

el ojo- estuvo causalmente vinculado con la acción. La jurisprudencia expuesta supra permite inferir racionalmente que dicho resultado es imputable al acusado a título de dolo eventual pues sabía lo que hacía y conocía el peligro generado por su acción por lo que puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado.” STS de 15 de mayo de 2002.

¹¹² Combinación dolo-caso fortuito: La acusada, con fines agresivos, dio dos patadas al ofendido en el tercio medio de la pierna derecha, causándole así una herida contusa de 2 por 2,1 cm, con ligerísimo desprendimiento de la epidermis, de pronóstico leve, que hubiera tardado en curar menos de quince días sin necesidad de asistencia médica ni impedimento para su trabajo habitual, lo que indica, de modo inequívoco, tanto por los medios comisivos, como por el resultado inicial, que el propósito de la acusada no fue el de lesionar al ofendido de un modo grave y de mayor entidad ... Las susodichas lesiones hubieran curado en el tiempo antecitado “de no ser porque persona o personas no identificadas, con la aquiescencia de la víctima”, manipularon la herida con el propósito exclusivo de alargar el tiempo de curación y así perjudicar a la procesada, agravando su responsabilidad penal”. El TS confirmó la sentencia del a-quo, que había condenado a la autora únicamente por una falta de lesiones, no imputándole las lesiones agravadas que subsiguieron a aquélla y que dicha autora difícilmente hubiera podido prever.

¹¹³ Vid. STS 20 de mayo de 1981; SSTS 25 abr. 85, 11 febr. 87, 25 en 91, 28 febr. 92, 20 febr. 93, 2 dic. 94, 27 jun. 95, 1611/2000 de 19 oct., 122/2002 de 1 febr., 1494/2003 de 10 nov., de 3 mar. 2005, 470/2005 de 14 abr., 1064/2005 de 20 set., 1094/2005 de 26 set., 1253/2005 de 26 oct., 37/2006 de 25 en., 936/2006 de 10 oct. y 1026/2007 de 10 dic. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 9ª Edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 20112, p. 247/248, nota 3.

CAPITULO V
GÜNTHER JAKOBS: FUNCIONALISMO SISTEMICO
O NORMATIVISMO RADICAL

I. Fundamentos teóricos:

Jakobs se desprende de una dogmática ontologicista basada en las estructuras lógico-objetivas o lógico-reales del modelo finalista y desarrolla un sistema normativo que vincula derecho penal y sociedad. En su concepción, el delito no es un suceso natural sino un hecho social provisto de un significado, consistente en el quebrantamiento de la norma, frente al cual el derecho penal debe reaccionar para su estabilización. La pena, en su sistema, es la manifestación que tiene lugar para la estabilización de la norma.¹¹⁴

Como él mismo afirma, una concepción así tiene como consecuencia una “renormativización” de los conceptos de los que nada puede decirse sin referencia a la misión del Derecho Penal. Así, el concepto de acción, de causalidad, de culpabilidad pierden ese contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o de incumbencia que surgen del contexto de las regulaciones del Derecho Penal¹¹⁵.

Con otras palabras, Jakobs niega que los conceptos básicos del derecho penal puedan ser extraídos de la ontología o de las categorías provenientes de las ciencias naturales. El sistema de imputación debe elaborarse atendiendo a la forma como está organizada la sociedad y de acuerdo a los fines y funciones que cumple el derecho en una comunidad organizada¹¹⁶. Más específicamente, “*El derecho penal reacciona frente a una perturbación social*” que “*no puede ... disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas (como correspondería la programa de Armin Kaufmann)*. Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales: de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir,

¹¹⁴ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995 (prólogo)

¹¹⁵ En el prólogo a la primera edición, se deja expresado el quiebre de la dogmática ontologicista. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción –y muchos otros- a los que la dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o –más descoloridamente- una estructura lógica-objetiva, prejurídica, se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del Derecho Penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se imputa se manifiesta como un concepto funcional. Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la dogmática penal, ello conduce a una (re) normativización de los conceptos.

¹¹⁶ JAKOBS G., *La imputación objetiva en el derecho penal*. ob. cit., p. 18. Allí se lee: La imputación objetiva del comportamiento es “*imputación vinculada a la sociedad concreta*”

de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada".¹¹⁷

No se puede entender a Jakobs sin referencia previa a las bases teóricas que sustentan su planteamiento. En lo que sigue intentaré reseñar los presupuestos fundamentales que posean directa vinculación con la teoría de la imputación objetiva. Para su abordaje será imprescindible acudir a sucesivas citas y transcripciones de las fuentes directas¹¹⁸, proceder que se justifica por la necesidad de mantener indemne la genuinidad de su pensamiento y presentar con precisión los conceptos, dado su elevadísimo nivel de abstracción¹¹⁹.

El autor se sirve del instrumental conceptual de las teorías de los sistemas sociales de Niklas Luhmann.

Reconoce la necesidad de que en una sociedad, caracterizada por los contactos anónimos, las expectativas de comportamiento sean fijadas normativamente, esto es, debe existir un sistema de normas vinculantes que hagan prever cómo se van a comportar los demás frente a una determinada situación. Dicho de manera resumida, la sociedad delimita ámbitos de responsabilidad y asigna roles que se definen normativamente y el titular del rol sólo está obligado a lo que le compete dentro de las expectativas que genera el status. Lo demás no le concierne. Lo decisivo no será entonces el carácter subjetivo del autor, ni sus capacidades individuales, sino la obligación de comportarse conforme a los distintos roles que el sujeto ocupa en los contactos sociales. Persona es, precisamente, el portador del rol.

“Ser persona –explica Jakobs- significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su

¹¹⁷ ZStW, 107 (1995), P. 859. Citado en PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C., y CANCIO MELIA, M. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Ed. Ad-Hoc., 1999, p. 69.

¹¹⁸ He seguido en lo fundamental las obras de Günther JAKOBS en sus versiones castellanas. En especial, *El concepto jurídico-penal de acción*. Trad. M. Cancio Meliá, 1992, publicado en JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y M. Cancio Meliá, UAM Ediciones, Madrid, 1997; *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez; *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc., Bs. As., Asimismo, como guía fundamental para la redacción de este capítulo: PALERMO, O. “Acción e imputación objetiva en el sistema de Günther Jakobs”, en *Revista del Foro de Cuyo*, año 2000, N°40, Ediciones Dike, Mendoza, p. 51/93; asimismo CANCIO MELIA, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. J.M. Bosch, 1998; REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, 1996.

¹¹⁹ Parto de la observancia de Roxin sobre el modo en que este reconocido discípulo de Welzel acometió la continuación de su maestro. Gráficamente, “puso del revés” la concepción Welzeliana negando que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., tuvieran un contenido prejurídico para el derecho penal. Luego, desarrolló su dogmática sobre conceptos provenientes de la teoría de la adecuación social de su maestro y recogió la influencia y conceptos provenientes de las teorías sociológico-sistémicas de Niklas Luhmann, si bien con la aclaración de que un superficial conocimiento de la teoría de los sistemas bastaría para apreciar las notables diferencias que existen con su concepción, incluso en las cuestiones fundamentales. ROXIN, C., *DP PG I 1997*, 7/27, p. 204; y JAKOBS, G. en *Sociedad, Norma y Persona*, ob. cit. p. 16

portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo ... Los partícipes de esa sociedad, es decir los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma. Con ello, ya tienen un papel (aunque ésta quizás sea pequeño) que representar”¹²⁰

En este escenario social los sujetos ya no son considerados aisladamente, sino en su conjunto, pues un comportamiento tomado en forma aislada “puede ser interpretado de distintas maneras”. Ello produce que lo subjetivo del ser humano se torne inaccesible; por ello, el autor de cita señala que *“la situación cambia, desde luego, cuando se conoce cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculante ... Partiendo de esta situación, es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción a la norma o algo inocuo. Por tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que ese patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”*¹²¹

Entonces, persona es el portador del rol, de una máscara, de la cual se esperan, objetivamente, determinadas formas de conducta. De un automovilista, se espera mientras conduce que lo haga conforme a las normas que regulan el tránsito, de un médico, en cuanto médico, que actúe conforme a la *lex artis*, un ingeniero, debe dirigir la construcción respetando las normas municipales de seguridad, etc.

El delito aparece como una perturbación social provocada por el apartamiento del rol por parte de su portador, pero sin atender a las preferencias o intenciones del autor del curso lesivo. Lo relevante es que no haya cumplido de manera evitable con lo que se esperaba de él, pues el titular del rol se encuentra en posición de garante respecto de las ex-

¹²⁰ JAKOBS, G., *Sociedad, Norma y persona* ... p. 50/51

¹²¹ JAKOBS, G., *Ibidem*. ps. 52/53. Jakobs no aplica cualquier concepto de “persona” sino que tal concepto lo infiere de la filosofía idealista hegeliana, donde “como explica Larenz, la persona es utilizada por Hegel, como regla, para la persona del derecho abstracto, mientras que la persona concreta es la que constituye la sociedad civil o el Estado; esta persona concreta es persona en su especialidad, en contraposición a su generalidad abstracta”. Pérez del Valle desentraña el contenido de la dialéctica hegeliana, cuando explica “persona es el destinatario de la imputación porque cuando alguien es definido como persona, se espera que siga normas ... se trata de un desarrollo a partir del principio de la voluntad. Pero al adosar el concepto “persona” a la imputación no va a evitar sortear el problema de la subjetividad, dado que “la imputación es siempre a un hombre libre, como base del sistema y, es más, ese sujeto libre debe ser reconocido, por lo menos como opción de lo que debe ser, en un sistema basado en constituciones de tipo liberal, democrático y social. DONNA, ob. cit., p. 232.

pectativas de comportamiento que surgen de ese rol, de ahí que no basta comportarse de manera evitable, es necesario además, el quebrantamiento de esa garantía. Como dice Jakobs, “no todo atañe a todos”, pero al garante le atañe lo que resulte del quiebre de su garantía.

El delito entonces, como quebrantamiento de la vigencia de la norma, no supone un suceso natural entre seres humanos, ni se determina por la afectación de un bien jurídico, sino que supone una comunicación defectuosa, una expresión de sentido entre personas, sentido que está dado por la desautorización de la norma a través del comportamiento evitable. La pena aparece como la respuesta a aquel quebrantamiento, confirmando la vigencia de la norma y “... sirve para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en el caso concreto ...”

De ello se deduce que la misión del derecho penal no sea la protección de bienes jurídicos como lo señala la doctrina dominante, sino el aseguramiento de las expectativas normativas que han sido defraudadas. El Derecho Penal no pretende evitar la lesión de objetos que en la mayoría de los casos no es posible reparar. Lo que se pretende es mantener la vigencia perturbada de la norma, que se transforma en “el bien jurídico penal”. El propio Jakobs señala: *“la contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso que resulten defraudadas. Por eso –aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal”*

La pena en la concepción de Jakobs es prevención general positiva o integradora, que no tiene por finalidad intimidar a los futuros delincuentes para que no delincan, sino que se dirige a la generalidad para asegurar las expectativas de comportamiento establecidas o determinadas normativamente, que permiten la vida social. La pena entonces no persigue evitar que se vuelva a delinquir, sino restablecer la vigencia perturbada de la norma, restableciendo su confianza en ella (ejercicio de confianza en la norma) ¹²²

La sociedad mantiene las normas y la pena no es sólo un medio para mantener la identidad social, sino que constituye ese mismo mantenimiento, por ello dice Ja-

¹²² JAKOBS, G., “Culpabilidad y Prevención”, Trad. Carlos J. Suárez González, 1976, publicado en *Estudios de Derecho Penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM, Ediciones, Madrid, 1997, p. 72 y ss.

kobs que la pena significa autocomprobación, independientemente de otros efectos secundarios que pueda alcanzar, ya sea de tipo social o individual, pero lo que realmente cuenta es que la sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus normas, más allá de si la pena resocializa o motiva al cumplimiento de las mismas.

Lo brevemente expuesto, que tiene importantes consecuencias para toda la teoría del delito, ha generado una enorme discusión doctrinaria, pero no es lugar de detallar sus críticas. Procede estudiar el concepto jurídico penal de acción que defiende en su sistemática por la gravitación que posee en su teoría de la imputación

2. El concepto jurídico-penal de acción. La acción como causación de un resultado individualmente evitable

El concepto de acción debe combinar sociedad y derecho penal. Un concepto de acción vinculado a la sociedad no puede consistir en la mera causación de consecuencias o en la causación de consecuencias cognoscibles, sino que tiene que ser algo comunicativamente relevante, algo que sea expresión de sentido, por ello para Jakobs la acción consiste en la “... *causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias ...*”¹²³. Es decir que la evitabilidad importa que si el sujeto hubiera tenido una razón poderosa para evitar el suceso lo hubiera evitado. Los conocimientos del autor pertenecen a su ámbito interno y sólo le dan un buen motivo para evitar el curso lesivo.¹²⁴

Cuando Jakobs habla de causación de resultados, este no debe ser entendido en sentido naturalista, pues también en la tentativa se actúa¹²⁵. El resultado es aquí el no reconocimiento de la vigencia de la norma por parte del autor. Esa es su toma de postura, su expresión de sentido: quien mata a otro está desconociendo la norma que prohíbe matar y ello importa una toma de posición frente a la norma que le impide obrar de esa manera¹²⁶. Esta falta de reconocimiento a la vigencia de la norma constituye el resultado jurídico penal aunque el resultado en sentido naturalista, esto es, como suceso externo, no se haya producido.

¹²³ JAKOBS, G., “El concepto jurídico-penal de acción”. Trad. M. Cancio Meliá, 1992, publicado en *Estudios de Derecho Penal*, ob. cit., p. 111

¹²⁴ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., 6/26, p. 163

¹²⁵ JAKOBS, G., “Representación del autor e imputación objetiva”, trad. Carlos J. Suárez González, 1989, publicado en *Estudio de Derecho Penal*, op. cit., p. 222. En este trabajo Jakobs se opone a la concepción subjetivista de Armin Kaufmann, afirmando que el injusto no es un suceso que pase por la intimidad del autor, sino que constituye una comunicación defectuosa, algo socialmente perturbador que trasciende al sujeto activo.

¹²⁶ JAKOBS, G., *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 116

Sin embargo Jakobs deja expresamente aclarado que su posición en modo alguno significa dejar de lado el desvalor del resultado para centrar la atención en el puro desvalor de acción porque esta toma de posición del autor que no reconoce la vigencia de la norma, necesita siempre de una objetivación. “... acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la norma, esto es, de que la norma en cuestión no es la máxima rectora. Expresión de sentido es un comportamiento que conduce o puede conducir a un resultado delictivo externo y evitable, si este comportamiento, de acuerdo con juicio comunicativamente relevante, es o podría ser la razón determinante del delito externo ... ”¹²⁷

Una concepción de acción como la que se acaba de describir no presenta en definitiva grandes diferencias con el finalismo, sólo que la finalidad en relación con el resultado es reemplazada por las condiciones de evitabilidad del resultado ¹²⁸. Esto permite abarcar no sólo a los hechos dolosos, en los que se conocen las consecuencias de la acción, sino también los imprudentes, tanto cuando el autor se comporta de manera indiferente ante la norma como cuando el autor del curso lesivo no quería el resultado pero el mismo se produce como consecuencia de su propia deficiencia. Dicho con un ejemplo, este concepto de acción alcanza tanto al que dirige su automóvil contra una persona para matarlo, como al sujeto que no le interesa haber sobrepasado la velocidad permitida que puede traer como consecuencia lesión a un peatón, como al conductor que lesiona por error, por una distracción, a pesar que no deseaba el resultado. Se puede arribar a esta conclusión sólo si se acepta, a diferencia del finalismo, que lo importante no es el conocimiento de las consecuencias –dolo- o su cognoscibilidad individual –imprudencia- sino su evitabilidad ¹²⁹.

Que la acción englobe a los hechos dolosos y a los imprudentes en modo alguno significa en la concepción de Jakobs que el injusto siga siendo personal. El dolo y la culpa no son importantes en cuanto dato psíquico sino que con su presencia se está evidenciando objetivamente un defecto de motivación en el cumplimiento de la norma; con otras palabras: el injusto no se fundamenta en el dolo y la imprudencia individual en tanto reveladores de un fenómeno psíquico, sino como indicadores objetivos de la falta de motivación del sujeto en la norma ¹³⁰. El dolo y la culpa constituyen un indicio de esa ausencia de motivación. Sólo podría hablarse de injusto personal si se concibe a la persona como portadora de un rol cuyas expectativas de comportamiento han sido defraudadas ¹³¹.

¹²⁷ JAKOBS, G., *ibídem*, p. 118

¹²⁸ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit. 6/27, p. 175

¹²⁹ JAKOBS, G., *El concepto jurídico-penal de acción*, op. cit., p. 110

¹³⁰ JAKOBS, G., *Ibídem*, p. 121

¹³¹ JAKOBS, G., *Ibídem*

El comportamiento individualmente evitable significa en definitiva que el actuar del sujeto se ha convertido en la razón determinante del suceso externo, el que puede ser considerado como su obra, como algo que le pertenece, que le es atribuible, no un hecho de la naturaleza ¹³². Esto también ocurre en los delitos de omisión, sólo que en estos supuestos el curso lesivo no se le imputa a cualquiera que pudiera evitarlo sino solamente al que se encuentra en posición de garantía ¹³³. Pero tanto en la comisión como en la omisión, lo verdaderamente relevante no es si existió movimiento corporal o si se dejó de hacer algo. Lo importante es que en ambos supuestos existe una vinculación entre el sujeto y el curso lesivo, el que finalmente le es atribuido al autor si podía evitarlo y era parte de su rol hacerlo.

Queda así establecido que la posición de garante no pertenece de manera exclusiva a los delitos de omisión, sino que también se da en los delitos de comisión si entendemos que los seres humanos que viven en contacto social ocupan determinados roles, de los cuales se esperan determinados comportamientos. Cada uno de los sujetos es garante de las expectativas que surgen de ese rol ¹³⁴. Si alguien clava a otro un puñal en el pecho causándole la muerte, ha defraudado la expectativa que se tenía sobre él en cuanto no debía dañar a nadie. Otro ejemplo: Es indiferente que el conductor del vehículo cause el daño a otra persona porque aceleró o porque no frenó. *“Son dos posibilidades que tienen exactamente el mismo significado: en ambos casos el sujeto organiza su ámbito a costa de la víctima, se arroja por tanto un ámbito de organización. Que se empleen movimientos corporales –se actúe- o no –se omite- es indiferente. Por ello puede decirse: el automovilista es garante de que el empleo de su vehículo no produzca daño alguno”* ¹³⁵

No siendo determinante que exista actividad corporal o no, sino que un determinado suceso externo le sea atribuible a una persona, puede afirmarse que si se equipara evitabilidad y acción, ésta se vuelve en un supra concepto que no sólo abarca los hechos dolosos y culposos, sino también los delitos de comisión y de omisión. Que se los denomine de una u otra manera o que ambos se unifiquen bajo el concepto de comportamiento humano, es, como dice Jakobs, una pura cuestión terminológica ¹³⁶

Ahora bien. La acción no puede estar solamente referida al injusto. Debe desarrollarse un concepto de acción que también diga algo sobre la culpabilidad, pues si ésta falta, la vigencia de la norma no ha sido afectada de manera penalmente relevante. Cabe

¹³² JAKOBS, G., *Ibidem*, p. 114

¹³³ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., p. 26

¹³⁴ JAKOBS, G., *El concepto jurídico-penal de acción*, op. cit. p. 115

¹³⁵ JAKOBS, G., *Ibidem*

¹³⁶ JAKOBS, G., *Ibidem*, p. 116

recordar aquí puntualmente las palabras de Jakobs quien afirma que junto a la norma de comportamiento que dice “no dañes de manera evitable” existe otra norma que reza “no seas culpable”¹³⁷ La lesión a la vigencia de la norma se produce únicamente si se vulnera esta última.

En resumen, el hecho típico y antijurídico no constituye una acción completa sino imperfecta. Sólo puede llamarse acción al hecho enteramente imputable, esto es, culpable. Este concepto de acción en el sistema Jakobsiano tiene la siguiente ventaja: no ser determinado por sus aspectos externos, como en el causalismo y en el finalismo, sino por su relación de sentido con la norma. Lo relevante no es lo exterior, lo que ha sido causado por el autor del curso lesivo, sino su actitud hostil hacia la norma, lo que se ha manifestado objetivamente con la ejecución de su acción.

3. Imputación Objetiva en el sistema de Jakobs.

a. Significado:

Para la doctrina mayoritaria la imputación objetiva supone la creación de un riesgo por parte del autor, no cubierto por un riesgo permitido, que se encuentra dentro del radio de acción del tipo, y que se realiza en el resultado.

Jakobs mantiene una concepción distinta que parte de la base teórica reseñada, donde no se concibe la imputación objetiva sólo como vínculo entre acción y resultado sino que es la encargada de establecer cuándo estamos frente a una acción jurídico-penalmente relevante. En efecto, divide la imputación objetiva en dos niveles: por un lado, la *imputación objetiva del comportamiento*, -calificación del comportamiento como típico- en la que se trata de determinar si la persona, como portadora de un rol, se ha mantenido en ese rol de ciudadano fiel al derecho, o si su comportamiento lo ha quebrantado, tornándose socialmente perturbador. En este caso, existe al menos, una tentativa de delito¹³⁸. En un segundo nivel, la *imputación objetiva del resultado*, en que trata la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- si el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable. En este nivel se establece si el comportamiento prohibido del autor es el que explica el suceso externo, o por el contrario, el comportamiento de la víctima, de un tercero o la desgracia se vuelven en la única explicación. Básicamente, si el resultado es o no la continuación de la tentativa iniciada por el autor.

¹³⁷ JAKOBS, G., *Ibidem*

¹³⁸ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., p. 101. Una visión similar es la de Yesid Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, 1996; y más cerca aún de la concepción de Jakobs: M. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. J.M. Bosch, 1998.

Jakobs se apoya y desarrolla el segundo pilar de la sistemática de Welzel, me refiero a la teoría de la adecuación social. Al concebir el injusto como perturbación social, como expresión de sentido incompatible con la norma que surge de la defraudación de expectativas que el derecho garantiza ¹³⁹, la tarea de la imputación objetiva del comportamiento será determinar cuándo se ha producido una desviación de esas expectativas que surgen del rol correspondiente ¹⁴⁰. A esta conclusión no puede arribarse desde la perspectiva mecanicista del causalismo, ni añadiendo a los cursos causales la anticipación psicológica individual como lo hacía el finalismo. Esta solución sólo será posible si se parte de un esquema social de interpretación del suceso externo. De esta manera, la acción como causación de un resultado individualmente evitable, se convierte en una expresión de sentido comunicativamente relevante. Si el curso lesivo se interpreta sin esta base, es un puro “*conglomerado naturalista*” un mero proceso causal o una causalidad final, pero que sigue siendo en definitiva “*una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significación social*” ¹⁴¹

Aquí se ve claro por qué para Jakobs la teoría de la imputación objetiva no es un mero vínculo entre acción y resultado sino que es la encargada de establecer cuándo estamos frente a una acción jurídico-penalmente relevante, es ella la que afirma la inadecuación social. Quien lleva adelante una obra socialmente irrelevante no le es objetivamente imputable porque falta la perturbación social, falta el quebrantamiento del rol por parte del sujeto y con ello la vigencia de la norma no ha sido afectada. Este suceso, irreprochable desde el punto de vista social, no puede ser considerado acción para el Derecho Penal.

b. Estructura:

El primer nivel de la imputación objetiva, la *imputación objetiva del comportamiento*, es analizado a través de cuatro instituciones dogmáticas: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso ¹⁴². En el segundo nivel de imputación, la *realización de riesgos*¹⁴³, se expone el engarce de la imputación del resultado con el primer nivel de imputación del comportamiento. En el primer nivel

¹³⁹ G. Jakobs, *El concepto jurídico-penal de acción*, op. cit. p. 114, donde afirma que si Welzel hubiese integrado a la teoría de la acción su teoría de la adecuación social, se habría superado medio siglo de evolución, pues lo que actualmente se discute bajo la denominación de imputación objetiva no es otra cosa que la precisión de lo que es relevante para el derecho penal. Lo objetivamente imputable es lo socialmente inadecuado.

¹⁴⁰ Quien fabrica un arma de fuego, no es garante del uso que se haga de ella y aunque tenga la intención de que con ella se mate a otro, no puede ser considerado por ello un homicida. Su rol de fabricante sólo lo hace garante de fabricar el arma conforme al standard ¹⁴⁰. “*Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni serviría alcohol, etc.*” JAKOBS, G., *Ibidem*.

¹⁴¹ JAKOBS, G., *Ibidem*, p. 24.

¹⁴² PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C./CANCIO MELIA, M. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*. Ed. Ad-Hoc., 1999; p. 99

¹⁴³ Parte de una definición de riesgo como conjunto de condiciones explicativas de un suceso.

de imputación se constata al menos una tentativa, y en el segundo si el resultado proviene de aquélla tentativa. Ha llamado la atención el contraste del gran desarrollo realizado en el primer nivel de imputación objetiva, por sobre la parquedad de fundamentación teórica que ofrece la fundamentación teórica de la imputación objetiva del resultado. Para los fines de esta monografía interesa el primer nivel en que Jakobs presenta la imputación objetiva. Queda para otra ocasión ampliar los contenidos del ámbito de la realización de riesgos.

4. La imputación objetiva del comportamiento:

a. Riesgo Permitido:

Jakobs parte de la constatación de que una sociedad sin riesgos no es posible y que el riesgo inherente a la configuración social ha de ser “*irremediabilmente tolerado como riesgo permitido*”. Se trata de una noción que concreta la de la adecuación social. Al derecho, sin embargo, le queda la alternativa de reglamentar esas actividades estableciendo límites, normas de cuidado que no puede superarse, lo que permite reducir las posibilidades de lesión, de modo que quien dentro de esos límites afecte a un bien jurídico no realiza más que un riesgo general de la vida por el que no puede responder.

En cuanto a la fundamentación del riesgo permitido, tradicionalmente se lo obtuvo de un cálculo de costes y beneficios, esto es, ponderando las ventajas que se siguen de la permisión de esos riesgos y por otro lado teniendo en cuenta los daños que se pueden ocasionar. Cuando los beneficios sociales sean mayores que el mínimo de peligrosidad que la actividad genera, el riesgo permitido queda justificado. Sin embargo, esto no es rigurosamente así, al menos, en la concepción de Jakobs, porque falta un criterio [jurídico] válido de valoración. Por regla general lo socialmente adecuado precede al derecho, su legitimación la obtiene del hecho de que constituye un aporte de la configuración social que ha de ser preservada. Lo socialmente adecuado, especialmente cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución, lo que no quiere decir que toda actividad habitual esté por ello permitida, sino que son las normas las que en definitiva determinan lo que es riesgo permitido y lo que no lo es ¹⁴⁴.

Los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. En este sentido, el riesgo permitido excluye el tipo. Superar el riesgo permitido es un presupuesto del tipo penal,

¹⁴⁴ Claro que como el Derecho no puede estar desvinculado de la sociedad en la que rige, algo que es habitual en la práctica puede traer como consecuencia una modificación de las normas, a favor o en contra del aumento de las permisiones. JAKOBS., G. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. op. cit., p. 44

de manera que quien se mantiene dentro de él se comporta de forma socialmente adecuada. Su comportamiento se considera normal, pues no defrauda ninguna expectativa. No quebranta ningún rol.

La diferencia con las causales de justificación, en especial, con el estado de necesidad justificante, está dada por el contexto social en que la conducta lesiva se lleva a cabo. Mientras que el comportamiento que se mantiene dentro del riesgo permitido, por ser socialmente adecuado, es tolerado de modo general, la conducta justificada en sí misma no es tolerada, es socialmente perturbadora, pero el contexto especial en que se desarrolla será lo que la justifique. En ejemplo del propio Jakobs: el conductor que no sobrepasa el límite máximo de velocidad no defrauda ninguna expectativa, independientemente del fin que persiga con su viaje. En este caso el contexto es irrelevante porque su conducta es socialmente normal. En cambio el conductor de una ambulancia que supera el límite de velocidad necesita del contexto –la situación de necesidad- para que su comportamiento sea tolerado ¹⁴⁵.

Para la determinación del riesgo permitido Jakobs precisa que la determinación negativa es la más exacta, puesto que *“deja de estar permitido aquél comportamiento que el propio derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa”*. En otros ámbitos de la vida en que no es necesaria una regulación jurídica, se obtiene un alto standard de seguridad por otras vías, por ejemplo, las reglas provenientes de la *lex artis*, de las normas técnicas o de asociaciones profesionales, que configuran elencos normativos que sustituye en estos ámbitos al precepto jurídico; y en aquéllos ámbitos vitales en los que no hay reglas establecidas, sea por el derecho o por aquéllos elementos normativos, lo relevante es el standard de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente, lo que constituye una determinación de límites imprecisos.

Ahora bien, que las normas establezcan los comportamientos prohibidos no autoriza a presumir que lo no excluido está permitido de manera absoluta. Existen también permisiones de comportamiento. Sin embargo, existen diferencias en su alcance. Mientras que las regulaciones jurídicas de carácter negativo tienen vigencia de modo categórico, aquéllas otras que establecen una permisión sólo rigen de manera relativa, concretamente, sólo cuando se ven acompañadas de condiciones ideales. Por ejemplo: Si la velocidad máxima que se puede desarrollar en una autopista es de 120 km, no quiere decir que esa velocidad pueda alcanzarse siempre, en cualquier circunstancia, sino sólo en condiciones ideales.

¹⁴⁵ Conf. JAKOBS, G.. *Ibidem*, p. 50

No son posibles las compensaciones de riesgo. Es decir, quien con su comportamiento no cumple con la norma que regula la actividad crea un riesgo prohibido aún cuando con esa conducta introduzca otros elementos que le permitan neutralizar el peligro que ha generado. Pero cuando la actividad está regulada de manera no formal las compensaciones de riesgo son posibles porque lo relevante es que se alcance el standard, ya sea en la forma establecida en la *lex artis* o de cualquier otro modo.

La cuestión de los conocimientos especiales: Los standards objetivos en sus distintas concreciones han de ser administrados por los ciudadanos individuales, es decir, personas dotadas en cada situación de facultades físicas y psíquicas peculiares y que, aún, pueden disponer de un grado de experiencia distinto. Entonces, la cuestión que se presenta es si corresponde objetivar también a estas personas que deberán ser imaginadas con las características propias del rol sin que cuenten los conocimientos especiales del autor.

Para Jakobs, debe tenerse en cuenta “... el juicio del titular de un rol”. No es lo decisivo el juicio de un experto sino que el autor del curso lesivo haya actuado de acuerdo con el rol que en ese momento ocupa en el contacto social. Si un servicio médico de urgencias es prestado por un prestigioso especialista, no sería necesario, en su opinión, que haga más de lo que haría un médico sin esa especialidad, porque hacer más no es parte del rol de un médico de urgencias¹⁴⁶; si una madre venda la herida de su hijo con un trozo de tela se mantiene dentro del riesgo permitido, no así el médico que de proceder de ese modo, entraría en el campo de lo prohibido¹⁴⁷.

Entonces, sobre esta base objetiva según la cual lo decisivo, es lo que le corresponde hacer al “*titular modelo de un rol*”, Jakobs resuelve la cuestión de los conocimientos especiales, señalando como regla que a un rol general le corresponden solamente conocimientos generales y no especiales. Lo expuesto aquí se esclarece con el conocidísimo y controvertido ejemplo del estudiante de biología que durante el verano trabaja como camarero en un restaurante. En desempeño de este rol y como consecuencia de los conocimientos que posee descubre que la ensalada que servirá contiene una fruta venenosa. Para Jakobs el estudiante no está obligado a no servir la ensalada porque no es parte del rol del camarero tener conocimientos avanzados de plantas venenosas. De manera que el estudiante no defrauda ninguna expectativa derivada de su rol si sirve la ensalada. No responde del homicidio del comensal. A lo sumo –aclara- habrá violado sus deberes de solidaridad y puede ser responsabilizado por omisión de auxilio. La situación cambia si el autor introduce por iniciativa propia

¹⁴⁶ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit., p. 60

¹⁴⁷ Cfr. JAKOBS, G., *Ibidem*

esos conocimientos especiales, en cuyo caso quedan incorporados a su rol. Es lo que ocurre cuando el autor por su especialidad toma conocimiento de una situación de riesgo que desvía en perjuicio de otras personas. En el ejemplo del camarero, si retiene la ensalada para servirla a su enemigo, crea un riesgo prohibido y responderá por homicidio. Y si la persona a quien servirá la ensalada es su hijo, debe abstenerse de hacerlo pues forma parte del rol de padre hacer todo lo posible para que los hijos no sufran daños. Por tanto esos conocimientos de biología se incorporan a su rol de padre y debe usarlos.

En suma, para Jakobs los conocimientos especiales no han de tomarse en cuenta, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás casos ¹⁴⁸.

b. Principio de confianza:

Debe existir un principio de confianza que habilite a suponer que los demás se comportarán de acuerdo a su rol. Una sociedad no puede prescindir de este principio, destinado a hacer posible la división del trabajo. Si un sujeto tuviera que controlar siempre y en todo caso que los demás ajusten su comportamiento a sus respectivos roles, descuidaría el rol propio, y de esta suerte la división del trabajo sería irrealizable. No forma parte del rol de ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás.

La vinculación de esta institución dogmática con el riesgo permitido es patente, pues quien organiza su comportamiento sobre el supuesto que los demás se comportarán reglamentariamente actúa también dentro del riesgo permitido, de ahí que se dude de la autonomía conceptual del principio de confianza ¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Este aspecto de su teoría de la imputación ha sido también ampliamente resistido. Por ejemplo, Manuel Abanto Vázquez observa que el hecho de no dar importancia a la conducta de una persona que con conocimientos especiales contribuyó a la realización del hecho, pero sin salirse de su rol, puede ser correcto desde la perspectiva funcionalista-sistémica, pero *no es comprensible desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos* pues tales conductas son perfectamente dañosas socialmente y no se entiende por qué deberían quedar impunes. Es más, incluso desde la perspectiva funcionalista-sistémica podría discutirse si tales conductas de ayuda a la comisión de un delito (el caso del mozo que, con pleno conocimiento, alcanza el vaso envenenado a la víctima) no “comunican” realmente una falta de fidelidad a la norma; en todo caso sí comunican plenamente una falta de respeto a la pretensión de vigencia de un bien jurídico (en el ejemplo, al bien jurídico “vida”). También en contra de la irrelevancia de los conocimientos especiales del autor: Joaquín Cuello Contreras, v. entre muchos: *Ámbito y Límites de la doctrina de la imputación objetiva; Neofinalismo y Normativismo: condenados a entenderse; Falsas antinomias en la teoría del delito; etc.*; Enrique Gimbernat Ordeig; Santiago Mir Puig, etc.

¹⁴⁹ PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C./CANCIO MELIA, M. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*. Ed. Ad-Hoc., 1999; p. 99. Para los autores de esta nota, el principio de confianza sería una concreción del riesgo permitido, puesto que se trata de determinar cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido) la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido) y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

Sin embargo, es posible establecer lo específico del principio de confianza: si el autor del curso lesivo actuó dentro del riesgo permitido, no queda otra explicación del suceso que el infortunio particular de la víctima o la violación de los deberes de autoprotección. En cambio, si se obró en virtud de haber confiado en que el otro actuaría adecuadamente, queda como alternativa no sólo la responsabilidad de la víctima sino la de quien debía satisfacer una expectativa de comportamiento y no lo hizo. Lo que no es compensado por el autor será compensado por quien negligentemente defraudó la confianza y será él quien deba responder¹⁵⁰

Limitaciones: Este principio no rige con carácter absoluto. Cuando existen elementos que hagan pensar de manera inequívoca que el tercero no se comportará de acuerdo a lo que se espera de él, ya no es posible invocar el principio de confianza. Por ejemplo, el conductor de un vehículo que circulando a velocidad permitida observa unos niños jugando en la calzada que hacen caso omiso de su presencia, debe utilizar el sistema de frenos, no pudiendo alegar en caso de lesión que confiaba en que los niños se retirarían de la calle. El médico que advierte que uno de sus colaboradores no se comporta correctamente, debe enmendar su error para evitar el daño al paciente. Ambos son competentes para evitar el daño.

Tampoco puede ampararse en el principio de confianza quien haya actuado de manera desaprobada y el riesgo creado por el autor no ha tenido incidencia en el resultado. Por ejemplo, quien circula a velocidad permitida, pero ebrio, y colisiona porque el tercero no respetó la luz roja del semáforo.

c. Prohibición de regreso:

La idea básica del instituto impide que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo pueda constituir participación en una organización no permitida. Aquí un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo. A diferencia de lo que sucede con el principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria. Los ejemplos de Jakobs del panadero y del taxista aclaran la cuestión¹⁵¹.

Sintéticamente, se puede afirmar que lo que pretende Jakobs con esta institución dogmática, en última instancia, es enmarcar de forma sistemática la teoría de la

¹⁵⁰ JAKOBS, G.. “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”. Op. cit. p. 219

¹⁵¹ El panadero que vende una pieza de pan a un tercero no responde por homicidio si el comprador lo envenena para dárselo a su enemigo. El taxista que lleva al pasajero a un banco le incumbe su transporte seguro, en tiempo y forma, y no participa del robo que el pasajero cometa en destino, aunque le hubiere contado su propósito. Se trata de prestaciones comunes en la sociedad, fácilmente sustituibles.

participación dentro de la imputación objetiva. En efecto, la prohibición de regreso es presentada en su sistemática como el reverso de la participación punible, dejando fijado los límites de la responsabilidad penal, pero no ya como un problema de causalidad –como se la entendió tradicionalmente-, sino de imputación objetiva, aplicable tanto para el dolo como para la culpa.

En su sistema, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, puede ser distanciado de él. Opera cuando el sujeto que realiza la actividad que facilita el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo común el delito cometido. La prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina el campo de la no-participación (punible). A partir de estos postulados, Jakobs propugna una especie de concepción extensiva de la autoría –no un concepto unitario de autor-, o mejor dicho, una concepción unitaria del injusto en el que intervienen varios sujetos, describiendo a partícipes y autores como creadores de una misma unidad de sentido y, por tanto, como intervinientes en un injusto colectivo. Se llega entonces a la conclusión de que frente al campo de lo no punible, el hecho conjunto ha de verse delimitado de modo objetivo, precisamente por estar basada la construcción en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho. La definición objetiva de Jakobs le lleva también a sostener la existencia material de la participación imprudente (en su opinión punible, bajo el nomen iuris de autoría) ¹⁵².

Dejando para otra oportunidad la cuestión de la participación en los delitos imprudentes, la prohibición de regreso encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que varias personas realicen distintas aportaciones sucesivas al hecho. En tal caso, como principio general, sólo responde quien ha quebrantado su rol de ciudadano fiel al derecho, lo que no ocurre cuando el tercero enlaza su comportamiento al de otro en forma arbitraria o cuando la comunidad entre el autor y el tercero se ha limitado a brindarle una prestación que desde el punto de vista social carece de significado delictivo. Para el primer actuante en estos casos, rige una prohibición de regreso, esto es, no puede regresar hasta él la responsabilidad penal.

Jakobs lo explica con tres grupos de casos:

¹⁵² Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C./CANCIO MELIA, M. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*. Ed. Ad-Hoc., 1999, p. 105/107

Primero: quien actúa en primer lugar y el autor no existe nada en común. El autor desvía arbitrariamente el aporte realizado por el primero hacia un hecho delictivo ¹⁵³. Responde solamente el autor, quedando impune el primero.

Segundo: entre el tercero y el autor existe una comunidad, pero limitada a una prestación por el tercero que el autor puede obtener en cualquier otro lado, que el autor la amplía arbitrariamente para cometer el delito. En este supuesto la comunidad queda limitada al ámbito de lo pactado y el primero en actuar debe quedar exonerado de responsabilidad. Casos del taxista y del panadero.

Tercero: cuando la realización de una conducta no tiene otro sentido que no sea el que otro la prosiga hacia la comisión de un delito. Supera la prohibición de regreso y la participación es punible porque en este caso el autor no anuda arbitrariamente su comportamiento al del tercero, sino que el sentido de esa acción no puede ser otro que la realización del ilícito. Son los casos de inducción y complicidad. Ejemplos: que alguien explique cómo funciona una cerradura no tiene *per se* significado delictivo; en cambio tiene sentido delictivo que alguien explique cómo neutralizar los guardias de un banco. Lo mismo cabe decir de quien aporte el mapa de la ciudad, que de otro que organice la ruta de huida.

Una sociedad necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, dice Jakobs, no puede renunciar a una prohibición de regreso.

d. Competencia de la víctima:

Mediante esta institución dogmática –que también ha recibido el nombre de “actuación a riesgo propio”– Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. Pero como señalan sus seguidores científicos, esta institución tan sólo aparece esbozada en algún trabajo monográfico y en el Tratado adolece de tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos ¹⁵⁴. De hecho, Cancio Meliá, en su tesis doctoral ¹⁵⁵, reconoce esta cuestión y emprende el desarrollo de la temática consumando el más detallado estudio al que he tenido ocasión de acceder y al que me he referido en múltiples ocasiones.

¹⁵³ Ejemplo: Un grupo de terroristas amenaza a un Tribunal con matar a uno de sus ministros si condena al acusado. El Tribunal lo condena y el grupo mata al ministro. Para los miembros del tribunal rige una prohibición de regreso. Las amenazas no lo convierten en garantes de la evitación del curso dañoso. No se puede fundar la responsabilidad en esa forma.

¹⁵⁴ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C./CANCIO MELIÁ, M. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*. Ed. Ad-Hoc., 1999; p. 102.

¹⁵⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. op. cit.

Pero queda claro que en Jakobs, de lo que se trata en este ámbito, es de normativizar la incidencia de la conducta de la víctima, en la esfera de la imputación objetiva.

Cancio Meliá precisa que el punto de partida para establecer qué lugar ocupa el comportamiento del lesionado por el delito en la teoría de la imputación, es el reconocimiento de un “principio de autorresponsabilidad de la víctima”, que surge de una correcta interpretación de normas constitucionales y tiene como correlato que el Derecho Penal no reprima a quien sacrifica sus propios bienes y que las intervenciones de terceros en esas afectaciones sean castigadas en forma excepcional mediante normas especiales –instigación o ayuda al suicidio-, de manera que existe un reconocimiento a la libre organización, a disponer de los bienes como se crea conveniente y con ello, el derecho de ponerlos en peligro, pero responsabilizándose de los daños que puedan derivar de esa actividad riesgosa que se ha asumido ¹⁵⁶ La víctima no puede llevar adelante un contacto social arriesgado y no aceptar las cognoscibles consecuencias de ese comportamiento.

Del reconocimiento de este principio se deriva para Cancio Meliá una consecuencia intrasistemática: existe una institución dogmática denominada “*imputación a la víctima*” o “*imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*”, aplicable precisamente a los casos en que el titular de un bien jurídico emprende con un tercero una actividad arriesgada que termina lesionando a ese bien, siempre que dicha actividad se haya mantenido dentro de lo que la víctima y el tercero conjuntamente organizaron, que el autor no haya usado a la víctima como un instrumento y por último, que el autor no sea garante de la protección de los bienes de la víctima ¹⁵⁷.

Finalmente, la imputación a la víctima forma parte de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento también en la concepción de Cancio Meliá de forma tal que la lesión al bien jurídico no puede ser imputada al tercero que actuó conjuntamente con la víctima ¹⁵⁸. Se trata de una conducta que no puede ser típica. Ahora bien, puede ocurrir que la actuación de la víctima no traiga consigo la atipicidad del comportamiento del autor, en cuyo caso puede también jugar un rol importante a la hora de determinar la realización del riesgo, la que puede llegar a desaparecer en algunos casos, con lo que la conducta de la víctima tiene importancia tanto a nivel de imputación de comportamientos como de resultados ¹⁵⁹

A modo de resumen, en el sistema de Jakobs, cuando a la víctima le incumbe la consecuencia dañosa ya sea por su comportamiento o por haber mediado un infor-

¹⁵⁶ CANCIO MELIA, M., *Ibidem*, p. 275 y ss.

¹⁵⁷ CANCIO MELIA, M., *Ibidem*, p. 284 y ss.

¹⁵⁸ CANCIO MELIA, M., *Ibidem*, p. 303

¹⁵⁹ CANCIO MELIA, M., *Ibidem*, p. 329 y ss.

tunio que deba soportar, no hay imputación objetiva posible al tercero que actuó en forma organizada con ella.

5. Recapitulación del sistema de Jakobs¹⁶⁰:

a. En el sistema de Jakobs la sociedad, para facilitar la interacción social, no prohíbe la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sino que señala pautas de seguridad en la administración de los riesgos. Esto implica que si el ciudadano actúa dentro de los parámetros que la vida social diseña para el manejo de esos riesgos, su comportamiento esté jurídicamente permitido y no constituya un ilícito penal, aunque lesione o ponga en peligro bienes jurídicos¹⁶¹.

b. Si el delito se define entonces como defraudación de las expectativas que genera un status social, normativamente no existirá diferencia entre acción y omisión porque no interesa desde el punto de vista naturalista determinar si el sujeto actuó o dejó de actuar.

c. El hombre debe ser mirado como portador de un rol, porque las expectativas de comportamiento se esperan de acuerdo con los deberes y obligaciones que el status genera, independientemente del sujeto individual que lo ocupe. En consecuencia, los conocimientos especiales que un hombre posea, por encima de los que tendría el titular normal del rol, no cuentan al momento de la imputación. Por ello, tampoco cabrá hacer distinción entre delito doloso y el culposo, porque la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado, es independiente de la finalidad buscada por el sujeto.

d. La posición de garante, que tradicionalmente sólo era un elemento de los delitos de omisión, pasa a consistir también un elemento esencial en los delitos de comisión. Si el ciudadano sólo está obligado a realizar aquello que se enmarca dentro de su rol, sólo responderá si estaba dentro de su competencia evitar un determinado resultado.

e. Jakobs aporta a la dogmática penal una fundamentación monista de la imputación, porque en el plano del tipo objetivo no existe ninguna diferencia entre acción y omisión; ni entre delito doloso y delito culposo. Toda la conducta típica se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y en la realización de ese riesgo. Las diferencias de fundamentación se encuentran, según se trate de competencia en virtud de institución o de competencia en virtud de organización.

¹⁶⁰ Mayor detalle en LOPEZ DIAZ, C., *Introducción a la imputación objetiva*, ob. cit., p. 90/96

¹⁶¹ Esto hace que la causación, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la cognoscibilidad y evitabilidad del daño, no sean suficientes para la imputación de un suceso. Lo determinante será si el ciudadano se comportó dentro del ámbito de competencia que le es propio; si defraudó o no las expectativas que dimanaban de su status.

f. En el plano de la autoría y de la participación, si se abandona el concepto final de acción, si no existe diferencia entre el delito de acción y el de omisión, no hay diferencias entre el delito doloso y el culposo, las consecuencias son las siguientes: 1) La accesoriedad de la participación no depende de la existencia de un hecho principal doloso y tiene que construirse con independencia del dolo ¹⁶². En esta perspectiva, el eje central de la accesoriedad no es el dolo, sino la teoría de la prohibición de regreso. También se admiten las formas de participación (determinación y complicidad) en el delito culposo y la participación culposo en un delito doloso. 2) Debe abandonarse el dominio del hecho como criterio para delimitar la autoría y la participación, pues el dominio del hecho está basado en el concepto final de acción. El criterio para definir quién es autor debe ser uno para todas las formas de comportamiento y definirse normativamente, porque la interpretación individual del suceso tampoco cuenta en la participación. De ahí que deba eliminarse la “decisión común al hecho” como elemento central de la coautoría. La coautoría puede ser impuesta normativamente por el ordenamiento jurídico, independientemente del acuerdo entre los intervinientes en el hecho punible.

g) La teoría de la imputación objetiva en este sistema sería la constatación de la competencia por la infracción de la norma. La falta de fidelidad al ordenamiento jurídico en la planificación de la conducta, la cual se determinará tomando una serie de criterios de imputación objetiva: superación del riesgo permitido, principio de confianza, actuar a riesgo propio o competencia de la víctima y prohibición de regreso.

En términos del autor: *“La teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo. Sin este material interpretativo, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos, algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general “acción”. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-*

¹⁶² Para el finalismo sólo hay participación (instigación o complicidad) en un hecho principal doloso. Tampoco es posible la complicidad o instigación culposa.

penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social”¹⁶³

CAPITULO VI

PRINCIPALES CRITICAS A LA IMPUTACION OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva ha recibido severas críticas provenientes de modo principal pero no exclusivo de autores adscritos al finalismo. Presento las más importantes:

1. *Se le ha negado la pretensión de constituir propiamente “una teoría”,* en el sentido que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas.¹⁶⁴ Más bien sería el nombre con el que se aglutinan diversos principios delimitadores o correctivos de la *tipicidad* de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto, a través de la causación de un resultado: “matar a otro”, “producir lesión”, “dañar una cosa ajena”, etc.¹⁶⁵

2. *Se consideró inadecuada su aplicación a los delitos dolosos y superflua para los delitos imprudentes,* porque en el delito doloso la teoría de la imputación objetiva sale sobrando habida cuenta que en determinados supuestos la no imputación no se debe a la exclusión de los elementos de la imputación objetiva –creación y realización de riesgos– sino a la carencia del dolo, entendido como voluntad de realización que presupone la dirigibilidad o dominio sobre los hechos. Así, en el conocido ejemplo del sobrino que envía al tío al bosque con la esperanza de que lo alcance un rayo y muera para poder heredarlo, el finalismo resuelve el supuesto negando el dolo, sin necesidad de desplazar el problema al ámbito del tipo penal objetivo.

Para los delitos imprudentes la teoría de la imputación objetiva resultaría superflua, porque no haría otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado –en el primer nivel– y con la llamada relación de contrariedad a deber –en el segundo nivel– de imputación objetiva.

¹⁶³ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc., op. cit., p. 24

¹⁶⁴ Cfr. STRUENSEE “Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo” en *El derecho penal de hoy, homenaje al Prof. David Baigún*, Bs. As., 1995, p. 251 y ss. Citado en CANCIO MELIA/FERRANTE/SANCINETTI, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ed. Ad-Hoc, 1998, p. 39

¹⁶⁵ *Idem*

3. Fundamentalmente *se ha puesto en duda la validez de la teoría de la imputación objetiva planteando en qué consiste –si es que existe– su carácter objetivo*. Esto es, hasta qué punto es verdad que la teoría de la imputación objetiva puede concebirse como parte de la teoría del tipo objetivo, porque la creación de un peligro dependería también de circunstancias subjetivas.

Sin el dato de la finalidad –dice el finalismo– no se puede llevar a cabo la comprobación de ninguna tipicidad.

Lo llamativo de esta observación es que viene también advertida por quienes promueven la imputación objetiva. En efecto, Torío López se ha preguntado si la imputación objetiva no es objetiva, es decir, si es función también de datos subjetivos, o sea, del factor configurador de lo injusto que es el dolo del tipo. La cuestión está en explicar cómo es posible que el proceso causal desatado por una acción peligrosa, cuyo peligro se ha materializado en el resultado típico, pueda autoconstituirse, separadamente del dolo, en objeto de un juicio de valor. Tan esencial es esta contradicción que *compromete el destino teórico de la imputación objetiva* ¹⁶⁶.

En efecto, se ha señalado que la teoría de la imputación objetiva pierde virtualidad la teoría de la imputación objetiva en aquéllos casos donde el sujeto de la imputación dispone de conocimientos subjetivos especiales que impiden ya la concreción de la imputación en los mismos términos que cuando han estado ausentes ¹⁶⁷, o con otras palabras, la doctrina de la imputación objetiva es válida en ausencia de conocimientos subjetivos más específicos, que, cuando están presentes, modifican la imputación. *“Luego es necesario tener en cuenta desde el primer momento de análisis de la tipicidad cuáles eran los conocimientos que el autor tenía de la situación, considerando pues a la vez el elemento objetivo y subjetivo de la tipicidad”* ¹⁶⁸.

Se ha explicado que si el autor concreto posee conocimientos especiales que hacen razonable la aceptación de un riesgo reprobado, entonces, para él decae el riesgo objetivamente permitido. Ahora, –señala Sancinetti– debería resultar al menos curioso que una teoría se pretenda a sí misma furibundamente *objetiva* al determinar los límites de la tipicidad,

¹⁶⁶ TORIO LOPEZ, A., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, *E. Pens. Cr.*, N°X, 1987, P. 388/389

¹⁶⁷ CUELLO CONTRERAS, J., “Ambito y Límites de la doctrina de la imputación objetiva”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, Número 89, 2006, ISSN 0210-4059, p. 5/18

¹⁶⁸ CUELLO CONTRERAS, J., *ibidem*

cuando lo hace bajo la condición resolutoria *subjetiva* de un conocimiento superior, distinto, del autor individual ¹⁶⁹.

Cancio Meliá, relativiza la cuestión admitiendo que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático: “*Si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sea, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza “objetiva” o “subjetiva”. Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo*” ¹⁷⁰.

Reyes Alvarado, por su parte, reconoce que la imputación objetiva requiere de la intencionalidad, “*pero sólo en cuanto ella es un atributo inherente a toda conducta en sentido naturalístico*”, pues lo que se pretende con la imputación es, justamente, seleccionar dentro de esas acciones naturales aquéllas que resulten de interés para el derecho penal, es decir, aquéllas que puedan ser reprochadas como “obra de determinado sujeto” ¹⁷¹

Y Marcelo Sancinetti llevó las cosas al extremo al conseguir la fundamentación *subjetiva* del ilícito a partir de la obra de su maestro Günther Jakobs. En este punto, Sancinetti es a Jakobs lo que éste a Welzel en relación a las estructuras lógico objetivas. Demuestra Sancinetti que existen sólidas razones en el sistema de su mentor para admitir que las representaciones subjetivas del autor deciden acerca de si se ha cometido un ilícito ¹⁷².

Roxin, desde sus más tempranos trabajos, ya había estimado correcta esta apreciación del finalismo, admitiendo que la creación del peligro depende también de las circunstancias subjetivas ¹⁷³. En efecto, quien convence a otro de hacer un viaje en avión no crea normalmente ningún peligro no permitido pero lo haría si sabe que en el avión existe una bomba escondida que explotará durante el vuelo. Pero con ello –dice Roxin- sólo se demuestra que un juicio de peligro objetivo debe incluir el conocimiento especial del autor. La obje-

¹⁶⁹ CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ed. Ad-Hoc, 1998; p. 51

¹⁷⁰ CANCIO MELIA, M. “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*.

¹⁷¹ REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*, ob. cit., p. 64, 77

¹⁷² SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios N°1996, p. 153, 182/183

¹⁷³ ROXIN, Claus. *Problemas básicos ... op. cit.*, p. 126

tividad del juicio de peligro y la imputación en la tipicidad objetiva no se ven afectados al respecto, ya que el conocimiento del autor es relevante para el juicio de peligro ¹⁷⁴.

Pero a Roxín, le cabe la observación de Hirsch –que desarrollaré más adelante- en el sentido de que aquello que sea objetivo y aquello que sea subjetivo no se encuentra a disposición de la dogmática.

4. Íntimamente vinculado a lo anterior e igualmente central es la crítica al método de la teoría de la imputación objetiva.

Para entender el punto, no debemos olvidar que la división del tipo en una parte objetiva y en otra subjetiva, así como también la anteposición del tipo objetivo al subjetivo es sólo una exigencia del aspecto meramente analítico del método y la didáctica. Pero materialmente el tipo objetivo y subjetivo se encuentran fundidos en una unidad sintética indisoluble. No se trata de contraponer lo objetivo a lo subjetivo sino de entender que ambos forman parte de una unidad inescindible.

Lo que se critica a la imputación objetiva es que pretenda llevar a la práctica esta división imposible. Con arreglo a su método, primero comprobaría que concurren las circunstancias de la imputación objetiva en un primer nivel independiente del tipo objetivo y una vez constatada la concurrencia del tipo objetivo procedería a la imputación al dolo en el segundo nivel, también independiente, del tipo subjetivo.

En España, Gracia Martín se alza decididamente contra la “tan dominante como errónea” teoría de la imputación objetiva¹⁷⁵. Entre sus numerosas críticas, señala que el método de la imputación objetiva no sólo es sistemáticamente incorrecto, sino que no puede ser llevado a efecto sin incurrir en graves contradicciones. Y explica muy claramente por qué la cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, porque es absolutamente dependiente de la voluntad de realización del autor y, por lo tanto, del dolo, coincidiendo en este punto con la crítica general del finalismo.

Expresa el autor de cita: *“Si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente al lado objetivo o externo del acto, pues para fundar un juicio correcto de peligrosidad es preciso tener en cuenta no sólo los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho, sino también la dirección de la voluntad de la acción. Agrega que así lo reconocen los mismos defensores de la*

¹⁷⁴ ROXIN, *ibidem*

¹⁷⁵ GRACIA MARTIN, L., “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito” en *RECPC* 06/07 (2004) p.

*imputación objetiva cuando afirmar que sin duda la acción dolosa es más peligrosa que la imprudente, precisamente porque en la primera la voluntad se dirige a la producción del resultado. Y si esto es así entonces es preciso reconocer que el dolo tiene que ser ya un fundamento de la llamada imputación objetiva y no un nivel independiente de imputación de un hecho previamente valorado mediante criterios normativos en un tipo independiente”*¹⁷⁶.

Y remata dejando abierta una cuestión para la reflexión en torno a la imputación objetiva. Reitera que no es posible prescindir del examen de la voluntad de realización para comprobar la realización del tipo objetivo. Pero si ello fuera posible, ¿podría la imputación objetiva cumplir su declaración programática fundamental, esto es, fijar criterios que permitan distinguir aquello que es la “obra de un sujeto” del acaso y de la casualidad? Entiendo que no. Por lo demás, precisamente en esto se basa Reyes Alvarado para mantener el examen de la voluntad final del autor, como lo expuse en este mismo apartado.

5. Se le ha criticado también el uso de categorías vagas o indeterminación de los conceptos utilizados por la teoría de la imputación, cuestión que he podido comprobar sufriendo la ausencia de conceptos precisos. Asimismo, el análisis de las diferentes concepciones y contenidos de la imputación objetiva, me lleva a dudar si realmente consolida su valor como teoría sistemática, puesto que sus elementos principales de creación del riesgo y concreción del riesgo en el resultado que aparecen repetidos en las construcciones principales de Roxin y Jakobs, impresiona más como un conjunto de “topoi” útiles para la solución de casos concretos que para sostener su valor como teoría única.

6. También se la ha criticado por su tendencia a sustituir la relación de causalidad, pretendiendo crear una relación causal donde no la hay. A propósito de esta crítica: *“en los últimos tiempos el progresivo dominio de las doctrinas finalistas, primero, y funcionalistas de distinto signo después, ha llevado al abandono de la causalidad y a su sustitución por la imputación objetiva. El desprecio a la causalidad y el pensamiento de que la imputación objetiva es la panacea para solucionar todos los problemas que surgen para atribuir un resultado a una conducta, ha conducido a no requerir la prueba de cómo han sucedido efectivamente los hechos objeto del proceso y ello ha provocado la infracción del principio de presunción de inocencia y, correlativamente, en un momento posterior, del principio in dubio pro reo. En consecuencia, la solución pasa por no confrontar ambas instituciones o*

¹⁷⁶ GRACIA MARTIN, L., ob. cit. 07:15

*sustituir una por otra, sino muy al contrario, otorgar a cada una de ellas, el lugar y el significado que les corresponde”.*¹⁷⁷

La sustancial diferencia entre una y otra es clara: mientras los problemas de la causalidad deben resolverse según reglas físicas, lo que plantea la imputación objetiva depende de criterios derivados de la finalidad y contenido de las normas. La imputación objetiva persigue adaptar la causalidad a las exigencias de un derecho penal funcionalista, interpretado y aplicado de acuerdo con un método teleológico.

7. a). Para *Hans Joachim Hirsch*, los casos tradicionalmente presentados como ejemplos de la teoría de la imputación objetiva, no sólo pueden ser solucionados sin la teoría de la imputación objetiva, sino que necesariamente tienen que ser resueltos sin ella. Los casos de desviación esencial del curso causal y los que el autor carece del poder de conducción del resultado típico representado como factible, sostiene, no son problemas del tipo objetivo sino del tipo subjetivo, o sea, del dolo del tipo. En todos estos casos se trata de cuestiones referidas al conocimiento que posee el autor y, por lo tanto, de cuestiones propias del tipo subjetivo. Además, la conexión de contrariedad al deber en el delito culposo de resultado constituye un punto de vista objetivo, a saber, el carácter condicionante de la acción voluntaria imprudente respecto del resultado causado. Pero la especie de relación entre acción imprudente y el resultado debe provenir, precisamente, de la infracción al deber de cuidado. En consecuencia, no queda espacio alguno para una teoría de la imputación objetiva en sentido propio. Lo mismo ocurriría con la “conexión de inmediatez” entre el tipo básico y el resultado más grave, que resulta de la esencia misma del delito calificado por el resultado y que, por ello, sólo constituye una problemática específica de esta especie de delitos.¹⁷⁸

Llama a tener en cuenta que el tipo objetivo no representa una categoría valorativa de carácter autónomo. Que por el contrario, una valoración sólo es posible a partir de *todos* los elementos del tipo, incluidos también los subjetivos. Los criterios subjetivos deben ubicarse, por consiguiente, allí donde pertenecen, o sea, en el tipo subjetivo, esto es, en el caso del delito doloso, en el dolo del tipo, el cual a su vez pertenece desde un punto de vista sistemático al tipo de lo ilícito. Resalta que las cuestiones relativas a la parte subjetiva del hecho no pertenecen al tipo objetivo. *Aquello que es objetivo y aquello otro que es subjetivo*

¹⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, M. “Imputación objetiva y principio de lesividad” en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, IJ-L-797.

¹⁷⁸ HIRSCH, H. *Derecho penal. Obras completas. Tomo I*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, abril, 1999, p. 20/21

*no se encuentra a disposición de la dogmática: dicho con otras palabras, la teoría de la imputación objetiva no se mantiene de pie.*¹⁷⁹

Al alarde de la teoría de la imputación objetiva de que logra un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos, responde poniendo de manifiesto cómo esta teoría desatiende la principal distinción entre ambos. En efecto, en los delitos dolosos la acción típica sólo puede comenzar en el estadio de la tentativa en tanto que la acción contraria al cuidado, decisiva para el delito imprudente, puede existir temporalmente desde antes. La distinción se explica dogmáticamente con el argumento de que en el delito imprudente se trata de una acción de riesgo que tiene a la producción del resultado como consecuencia, en cambio, en el delito doloso de resultado, se trata de una acción que realiza un resultado concreto.

Finalmente, sobre los intentos de desarrollar el sistema del delito a partir de los *finis de la pena*, ha señalado que las dificultades surgen ya con la falta de precisión teórica del concepto de pena y que la prevención general, en especial, la prevención general positiva, carece de una fundamentación y precisión teórica suficiente como para permitir que un sistema dogmático pueda apoyarse en ella. De hecho, un concepto de culpabilidad construido de manera funcional, conlleva a una total desindividualización del concepto de culpabilidad. Además, las diferencias materiales existentes entre los requisitos de la culpabilidad, simples causas de exclusión de la pena y cuestiones relativas a la determinación de la pena, no resultan lo suficientemente distinguibles.

b) Muy cercano a Hirsch, Küpper va a sostener que estos casos en el delito doloso se solucionan recurriendo al concepto de autor y, en consecuencia, al de dominio del hecho. El dominio del hecho muestra justamente la determinación final del autor sobre el proceso causal. Es que ya Welzel había afirmado que el dominio del hecho era el principio fundamental de la imputación. Para ello hay que recordar que el criterio del dominio del hecho no lo era sólo para distinguir la autoría de la complicidad, sino que era un elemento significativo de la autoría, es más, es su base y por ende es inmanente a ella. Esto tiene como consecuencia que es imposible matar a un hombre mediante un rayo, ya que no hay dominio sobre tal elemento de la naturaleza.¹⁸⁰

Por eso el dominio del hecho circunscribe la medida de la atribución objetiva en la acción del autor. La teoría de la imputación objetiva ocupa, desde esta perspec-

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 22/23

¹⁸⁰ Cfr. DONNA, E. *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría General del Delito-I*. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 347/349

tiva, un lugar que no le corresponde y conduce, al volver al objetivismo, a un concepto unitario de autor, dejado de lado desde hace mucho tiempo por la doctrina. No hay duda de que la teoría del dominio del hecho, tal como ha sido desarrollada a partir de Welzel, también había sostenido, y de manera fuerte, que el hecho debía ser obra del autor, cuestión ésta que, por demás es obvia, pero consecuente con su posición, hacía depender la cuestión del elemento subjetivo. Por eso Küpper define al autor como aquel que conoce las circunstancias que fundan y hacen dominables a las circunstancias de un tipo penal y lo realiza como su propia obra. Con estos elementos, la solución del caso del tío rico es bastante sencilla, ya que no hay posibilidad de hacer un juicio de imputación a quien no puede ser autor de ese hecho, porque no tiene dominio sobre el rayo. El elemento volitivo concurre únicamente cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción.

La teoría de la imputación objetiva ha intentado apoderarse de los clásicos problemas que se estudian en el dolo, como ser en el ámbito de la “desviación del dolo”, específicamente la *aberratio ictus*, el *dolus generalis* y además del campo de discusión de las distintas clases de dolo. Estas cuestiones que pertenecen al tipo objetivo, deben ser comprendidas por el dolo. De este modo las desviaciones esenciales deben ser descartadas. En cambio las no esenciales deben graduarse dentro de los límites internos de una experiencia general de vida y no se niega otra valoración justificante del hecho. En síntesis, se hace valer para el delito doloso que no existe ninguna necesidad de la imputación objetiva.¹⁸¹

8. a) *Eugenio Raúl Zaffaroni*, se ha pronunciado en contra de la sistemática de Roxin y de Jakobs en su prestigioso Tratado de Derecho Penal. Enseña que la principal contradicción de estas teorías finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, *legitiman el poder punitivo* y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Para explicarlo, nos invita a pensar en la inmensa proyección de supuestos a que daría lugar el rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo. Si se compara el ámbito prohibitivo que parece significar el “no matarás” con el que surgiría del “respetarás el rol de buen ciudadano” o “no aumentarás el riesgo de muerte”, es claro que no puede pretenderse delimitar una formulación legal mediante conceptos cuyo significado semántico prohibitivo es mucho más amplio.

Aunque la mayoría de las soluciones que proporciona Roxin puedan compartirse, -sostiene Zaffaroni- resulta muy difícil reconducir todas ellas al criterio general

¹⁸¹ *Ibidem*

de imputación objetiva de *aumento del riesgo*. La pluralidad de reglas y correcciones que precisa indica cierto casuismo en el cual prevalece el sentido común, pero es problemático que esto sea un concepto o respuesta única a la pregunta por la imputación objetiva.¹⁸² Y tampoco le parece acertada la respuesta de Jakobs fundada en la defraudación de las expectativas derivadas de un rol, con arreglo a la cual, no sería objetivamente imputable a la persona el resultado lesivo que se produzca sin que viole las expectativas correspondientes al rol. Con la normativización de los roles, Jakobs lleva la posición de garante a los tipos activos, o sea que extiende el criterio de imputación de los tipos omisivos a los activos. Este aspecto, es calificado por Zaffaroni como el más “artificioso” de la teoría en el ámbito del delito doloso, y cito: “la realidad queda destrozada cuando se afirma que el rol de buen ciudadano impone el deber de evitar la comisión de delitos y que quien dispara repetidamente sobre otro para matarlo y lo mata, viola ese rol porque no evita cometer el homicidio que comete”¹⁸³

Observa que no existe una estricta explicación del concepto de *riesgo* en todo el planteo de las teorías de la imputación objetiva y rechaza que se tome como equivalentes las nociones de *riesgo* y *peligro*, porque el *riesgo* no siempre es considerado sinónimo de peligro. Y para denotar que no es sólo una cuestión baladí o meramente terminológica, enseña que en sociología se distingue entre *riesgo* como *peligro que se calcula para disminuirlo* y *peligro* que puede o no ser calculable, con lo que sería una contradicción afirmar que hay aumentos del riesgo: sólo habría aumentos del peligro¹⁸⁴.

En la misma línea expositiva de la imprecisión conceptual de las principales corrientes funcionalistas, explica que la sistemática de Jakobs se construye sobre un falso concepto sociológico de rol. En efecto, los roles en sociología son dinámicos: a lo largo del día cambiamos muchas veces de rol y además, no sólo existen roles lícitos, sino que los hay también, ilícitos. La tesis de Jakobs ve los roles como estáticos y no toma en cuenta los roles prohibidos. *Ello le impide ver que quien mata a otro no defrauda el rol de buen ciudadano, sino que asume el rol de homicida*. Juridizar todos los roles lícitos no es más que *confundir roles con deberes jurídicos*, con lo cual se desvirtúa el concepto de rol y al mismo tiempo se pretende meter toda la costumbre dentro del derecho penal.¹⁸⁵ Por ejemplo, el camarero biólogo que sirve la ensalada envenenada, y que a pesar de su conocimiento no defrauda el rol de camarero. La extraña solución de este caso obedece al congelamiento de los

¹⁸² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As, 2006, p. 392

¹⁸³ *Idem*

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 449/450

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 393

roles sociales, como banales y estáticos. Lo que sustancialmente pasa por alto esta tesis es que cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, cambia su rol. El error fundamental de esta teoría es que no llega a reconocer que en esos casos los roles banales o inocuos no son más que disfraces que ocultan el rol real del v.gr., homicida o terrorista.¹⁸⁶ Es que la norma que se deduce del tipo doloso activo de homicidio no prohíbe defraudar el rol de buen ciudadano sino que prohíbe asumir el rol de homicida, es decir, dominar una causalidad y dirigirla para causar la muerte de un semejante¹⁸⁷. Pero sus críticas relativas al “cumplimiento del rol” no terminan aquí. Expresa de qué manera la pretensión de que no realiza comportamientos objetivamente imputables todos aquellos que se atengan a su rol, es solo aparentemente reductora del poder punitivo. En realidad, es irracionalmente reductora del poder punitivo porque dicho criterio es altamente reforzador de su violencia y selectividad, puesto que reserva la impunidad a los funcionarios estatales que ejercen las peores violencias, bajo el ropaje formal del rol.

Tanto “el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles son criterios que parten de teorías que legitiman la pena por vía de la prevención. Se trata de dos diferentes modos de derivar consecuencias para el tipo objetivo a partir de estas teorías de la pena. La diferencia política más notoria estriba en que Roxin, aunque reformula la norma “deducida del tipo (*no matarás* pasa a ser *no aumentarás el peligro para la vida*), sigue teniendo como base el bien jurídico afectado; pero con Jakobs –al igual que en los partidarios de la teoría del desvalor de acto– el bien jurídico casi desaparece: el particular concepto de rol congelado, entendido como deber jurídico, convierte a todos los tipos en infracciones de deber, o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico; la función preventiva se limitaría a reafirmar los roles mediante la pena. Todo ello sin contar con que, al transferir la estructura omisiva a la tipicidad activa, provoca una generalización del conocido fenómeno de mayor amplitud semántica de la prohibición cuando se invierte el enunciado en preceptivo (no es lo mismo *no matarás* que *respetarás la vida de tu prójimo*), por lo que se ve en la necesidad de ensayar un complicado y casuístico arsenal de limitaciones, entre ellos, la creación de una posición de garante para cada situación, lo cual no parece del todo coherente, pues emplea una fórmula general válida para la omisión propia como límite para la impropia tipicidad omisiva, pero en el ámbito de la tipicidad activa. De allí que, en un momento, se refiera a *omisiones propias cometidas activamente*.”¹⁸⁸

¹⁸⁶ *Ibidem*

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 452

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 395

Zaffaroni no pretende negar la existencia de problemas de imputación que son problemas de tipicidad objetiva sin solución unívoca. Pero que haya reconocido la existencia de los problemas de imputación objetiva no significa plegarse a ninguna teoría de la imputación objetiva, si por tal se entiende el ensayo de hallar un criterio único que aspire a resolverlos a todos y en todas las formas típicas (dolosas y culposas, activas y omisivas). En realidad –dice- lo que se discute en la actualidad es si los criterios para determinar que un hecho es objetivamente imputable a un agente como obra propia varían según las estructuras típicas fundamentales (dolosa y culposa, activa y omisiva) o si hay un criterio único –como era la de vieja causalidad de Liszt- que proporcione una respuesta válida para todos los tipos penales. Y reconociendo infructuosos los ensayos de respuesta única practicados hasta el momento, ensaya él mismo una respuesta válida para cada estructura típica, que opera dentro del tipo objetivo conglobante.

b) Para la cabal comprensión de sus críticas cabe llamar la atención sobre el desarrollo de su propia sistemática, cuyo origen próximo al finalismo Welzeliano combina con un modelo funcionalista crítico, si se me permite el término, basado en los aportes de las corrientes sociológicas conflictivistas, acogiendo en su seno diversos datos de la realidad que un derecho penal no debe olvidar, v.gr., la “selectividad” del sistema penal¹⁸⁹, de modo que construye toda una teoría tendente a limitar “filtrar” el ejercicio del poder punitivo, que tilda en cualquier caso como irracional e ilegítimo. No hacemos otra cosa –dice Zaffaroni- que cambiar el puente que el funcionalismo alemán tendió hacia la sociología sistémica para tenderlo hacia la sociología conflictivista y asociarlo a una teoría agnóstica de la pena.

Permítaseme insertar como digresión al tema la síntesis de su pensamiento: La teoría agnóstica de la pena parte del reconocimiento de los siguientes datos: a) la criminalización deteriora al criminalizado en vez de mejorarlo; b) aunque la finalidad de la pena es lograr la resocialización, reeducación y reinserción social del reo, con la cárcel se logra todo lo contrario: regresión, conocimiento de técnicas delictivas, adicciones, violaciones, asesinatos, suicidios, etc.; c) las teorías positivas de la pena son falsas y se basan en conceptos erróneos. Ejemplo: la resocialización del reo. La pena tiene un concepto negativo - porque no tiene una función positiva-: es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. No tiene función reparadora ni tiene contenido legítimo. Su gradua-

¹⁸⁹ El autor de cita reflexiona que Welzel partió de las estructuras lógico objetivas o lógico reales y las llevó a la teoría jurídica del delito, pero no avanzó con ellas hasta la teoría de la pena, lo que hubiera significado un paso hacia la deslegitimación del poder punitivo.

ción no puede basarse en su merecimiento en el caso particular, porque choca con los procesos de selección realizados en la realidad, conforme a estereotipos. En opinión del autor, el poder de castigar no tiene límites razonables ni legitimación, de allí que sin que sea posible legitimarlo, se lo deba reducir y contener. La *conducta* y la *culpabilidad* actúan como filtros reductores de la violencia del poder punitivo en el caso concreto, usando *datos de la realidad social y del sistema penal*, como el deterioro de las cárceles, la selectividad de los operadores hacia los más vulnerables, la selección de estereotipos que genera un efecto reproductor de la criminalización, la corrupción y burocracia del sistema penal, etc.

c) En la construcción de la teoría del delito conserva las categorías provenientes del esquema de Liszt-Beling, así como la distinción entre tipos activos y omisivos, dolosos y culposos, con desarrollo funcional orientado a la configuración de un derecho penal reductor de la selectividad y del poder punitivo.

Asume el concepto de conducta o *acción final*, como ejercicio de una actividad final. Divide la tipicidad en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. Presenta un esquema un poco diferente de la tipicidad dolosa, aunque su contenido es básicamente el mismo. En efecto, el *tipo objetivo* se compone de dos funciones: 1) sistemática –que encierra los elementos conocidos del tipo objetivo- y 2) conglobante –verifica que haya: *lesividad*, es decir, daño o peligro concreto a un bien jurídico y *que sea objetivamente imputable al autor como obra propia*, basado en la dominabilidad del hecho, o si es partícipe, fundado en el aporte no banal; el *tipo subjetivo* tiene como núcleo central al dolo, como voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento –efectivo, no potencial- de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración y recae sobre los elementos del tipo objetivo sistemático y los imputativos del tipo conglobante. También se compone de los elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo; la *antijuridicidad*, como contrariedad al orden jurídico en su totalidad, constatando la ausencia de permisos legales; y la *culpabilidad*, como juicio de reproche que se le hace al autor de un ilícito por haberse determinado por el delito cuando pudo haberse motivado para cumplir la norma legal. En su sistema opera como principal indicador del máximo poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Dicho juicio resulta de la *síntesis de un juicio de reproche* basado en el ámbito de la autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, *descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad*.

Pero nótese que Zaffaroni no prescinde en su esquema de un criterio de imputación objetiva fundado en el dominio del hecho por el autor o partícipe primario y en la

ausencia de banalidad del rol del partícipe secundario. Dichos criterios se examinan en el tipo objetivo conglobante y opera una vez comprobada la relación de causalidad en el tipo objetivo sistemático.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

1. En relación al *concepto* mismo de imputación objetiva la investigación arroja como resultado que no existe acuerdo doctrinal o jurisprudencial definitivo discutiéndose incluso su aptitud como teoría, pero puede verse al menos que existen dos grandes tendencias en cuanto a su forma de presentación.

Una de ellas entiende la imputación objetiva como un mecanismo surgido al interior de esquemas finalistas de la teoría del delito para tratar de solucionar los problemas que al interior de ellos presenta el delito imprudente o doloso de resultado (tesis de Roxin y sus discípulos). La otra perspectiva entiende a la imputación objetiva como una forma diversa de fundamentar el reproche objetivo de una conducta, que aunado posteriormente al reproche de carácter subjetivo de la misma, dará lugar a la emisión de un juicio de responsabilidad penal. Desde esta última perspectiva –tesis defendida por Jakobs y en línea similar de pensamiento Cancio Meliá y Reyes Alvarado- el reproche objetivo de una conducta no busca ser fundamentado en conceptos que como la relación de causalidad y la intencionalidad del comportamiento son propios de las ciencias naturales sino que debe estar edificado a partir de nociones normativas.

A la luz de las distintas concepciones y criterios divergentes sobre sus contenidos, juzgo acertada la postura que niega a la “teoría” de la imputación objetiva su carácter de “teoría” propiamente dicha, en el sentido de que posea aptitud para configurar un cuerpo armónico de proposiciones homogéneas, como se anticipara en el capítulo dedicado a las críticas. Asumo también acertado el concepto de imputación objetiva explicado por Gimbernat Ordeig, que la concibe en términos precisos como elemento normativo no escrito del tipo penal, definido negativamente para distinguirlo de aquellos elementos del tipo objetivo a los que hace referencia expresa la ley.

2. Su ámbito de aplicación también se presenta problemático. Su mayor o menor cobertura se encuentra condicionada por el concepto que se le reconozca a esta doctrina.

De tal modo, para el sector doctrinario encabezado por Roxin – mayoritario- la imputación objetiva se conecta a la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor, restringiendo su aplicación en el ámbito de los delitos de lesión o resultado. En efecto, “*la imputación al tipo objetivo tan sólo constituye un problema de la parte general en aquéllos casos en los que el tipo exige un resultado en el mundo exterior separado en espacio y tiempo del acto del autor*”¹⁹⁰, en tanto que “*en los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial.*”¹⁹¹”

Pero, aún con la salvedad de referirse a los delitos de resultado, se aplica para cada tipo de imputación al tipo objetivo de la misma forma si se trata de resultados causados imprudentemente o queridos conscientemente, siendo también fructífera en la dogmática de la omisión para la limitación de la responsabilidad por ingerencia, como se ocupó de destacarlo en estudio relativamente reciente¹⁹².

Otra postura extiende el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva fuera del problema de la conexión entre conducta y resultado¹⁹³, a punto tal que esta corriente se aproxima a convertirla en una teoría general de la conducta típica en que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante. Básicamente, para este sector, la imputación objetiva debe ser entendida como la teoría que permita establecer lo que para el derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la que forma parte no solo un resultado sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Torío López sintoniza con este sector, observa que el punto de vista que restringe la aplicación de la teoría a los delitos de resultado es sumamente angosto y limitado y promueve su aplicación no sólo a los delitos formales o de simple actividad sino que pretende sea amplificada, por entender la imputación objetiva como manifestación de un principio metódico superior, una exigencia general interna al sistema que se ramifica y disemina a

¹⁹⁰ ROXIN, DP PG I, 1997, 11/1, p. 345

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 345

¹⁹² ROXIN, “Ingerencia e Imputación Objetiva”. Publicado en *Revista Penal.com*, N°19 (2007), p. 152/161, disponible on line [fecha consulta: 26/04/2012]

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/21/showToc>

¹⁹³ Sobre esta posibilidad de extender el campo de aplicación fuera del problema de la conexión entre conducta y resultado se mostró escéptica Martínez Escamilla, para quien, con las diversas posibilidades de expansión “... se observa el peligro de confundir método o forma de proceder [=método normativo-teleológico] con objeto de la imputación objetiva” *ob. cit.* p. 48; citada por M. Cancio Meliá en *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 58 y nota 63

través de todos y cada uno de los campos del sistema penal. De tal manera que la teoría de la imputación objetiva encontraría aplicación no sólo en el ámbito de los delitos de resultado, sino que también informa los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la participación criminal¹⁹⁴.

En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado Jakobs con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva¹⁹⁵ y muy cercano a su pensamiento Cancio Meliá¹⁹⁶ y Reyes Alvarado¹⁹⁷, quienes atribuyen a la imputación objetiva la función de determinación del injusto, defendiendo un sistema penal unitario que sea por igual aplicable a todos los delitos de la parte especial, sean delitos de resultado o encierren peligro de lesión, dolosos e imprudentes, activos u omisivos, consumados y tentados¹⁹⁸.

Y existen quienes a la teoría de la imputación objetiva cualquier tipo de función o ubicación sistemática. Se vio en las críticas a la teoría que el finalismo la cuestionó por innecesaria y superflua en cualquier ámbito de aplicación que se pretenda. En este sentido, en relación a los delitos dolosos niegan todo tipo de aplicación diciendo que la teoría lleva “*sellado en su frente*” el origen en los delitos imprudentes, expresión que se atribuye a Armin Kaufmann. Respecto de los delitos imprudentes, es asimismo inútil porque los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática del delito impudente: infracción del deber objetivo de cuidado y relación de contrariedad a deber.

3. Sobre su *ubicación sistemática*, la doctrina dominante la ubica en la tipicidad, aunque también se ha postulado que pertenece a la antijuridicidad, por ser el último filtro de determinación normativa, pues corresponde a dicho nivel el lugar en que se consideran todas las valoraciones (o desvaloraciones) que surgen desde todo el ordenamiento jurídico¹⁹⁹

4. Entiendo justificadas las críticas que se dirigen fundamentalmente a la vertiente teórica que patrocina la teoría de la imputación objetiva en su esquema funciona-

¹⁹⁴ Torío López. *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, p. 43

¹⁹⁵ La teoría de la imputación objetiva en Jakobs se aleja de la exclusiva vinculación a las cuestiones relativas a la atribución de un resultado para convertirse en una teoría general de las características objetivas generales de un comportamiento imputable.

¹⁹⁶ CANCIO MELIA, M. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2001.

¹⁹⁷ REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva*, op. cit.

¹⁹⁸ REYES ALVARADO, Y., ob. cit., p. 81/82. En pág. 73 entiende la teoría de la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídicopenal de acción, ya que de ninguna manera puede estar sólo referida a un resultado, sino a toda la actuación como obra de determinada persona.

¹⁹⁹ BUSTOS RAMIREZ, J., B., *Imputación Objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)* p. 144

lista sistémico. En particular, suscribo todas y cada una de las observaciones detalladas por Zaffaroni sobre la construcción de Roxin y Jakobs reproducidas oportunamente en su lugar.

5. Como consecuencia de ello no creo que pueda sostenerse una “teoría” que prescindiera de la dirección final de la conducta y los conocimientos especiales del autor, sin embargo, me parece útil el intento de limitar a nivel del tipo objetivo el ejercicio del poder punitivo, que deberá ser conseguido evitando la manipulación dogmática de lo que sea objetivo y subjetivo en el tipo penal (Hirsch)

6. Con las reservas formuladas admito la utilidad de la doctrina de la imputación objetiva en los términos concebidos por Gimbernat Ordeig, que no debe confundirse ni sustituir a la relación de causalidad, que permitirá establecer un juicio definitivo sobre la tipicidad de la conducta. Con esto quiero subrayar la idea que la imputación objetiva –que aquí se acepta– no debe perseguir restar, en el sentido de sustituir o absorber en su seno la relación de causalidad, sino que debe sumar. Sin partir de la causalidad y para corregirla o limitarla, no se comprendería ninguno de los criterios de imputación objetiva.

7. En cuanto a cuáles sean estos criterios, la admisión de la tesis y puntos de partida de Zaffaroni conduce al rechazo de los criterios fundados en el principio del riesgo de Roxin y teoría de los roles de Jakobs; y la consiguiente pretensión de encontrar una fundamentación monista de la imputación para todas las estructuras típicas.

8. Formulo reparos a la tesis de apertura del sistema penal a las valoraciones de la política criminal, base de la construcción Roxiniana. No digo que deba rechazarse sin más pero no procede soslayar el hecho de que existen Estados, y es el caso de la República Argentina, cuya Política Criminal dista de ser la ideal, lo cual aconseja mantener a la dogmática penal como freno o valladar infranqueable de aquélla. Hace poco tiempo se publicó el resultado de la investigación practicada sobre la política criminal argentina. En su título el autor se preguntaba, sugerentemente: ¿últimas imágenes de un naufragio?”²⁰⁰. No veo alentador el panorama que ofrece tal política criminal influyendo en las decisiones prácticas del operador judicial. Necesitamos atenernos al límite de la dogmática penal, como método racional de interpretación y aplicación de la ley penal.

9. A lo largo de esta monografía he intentado aproximarme al estudio de la denominada teoría de la imputación objetiva, para indagar el significado, contenido, funciones, criterios, no pudiendo obtener respuestas unívocas porque en definitiva dependerán

²⁰⁰ CESANO, José Daniel. “La política criminal argentina. ¿últimas imágenes de un naufragio?” Disponible on line: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-politica-criminal-argentina.-ultimas-imagenes>. Consultado el 14/06/2012

de las corrientes funcionalistas que le patrocinen. La desmesurada extensión que el tema presenta ha impedido que me detenga en el estudio de sus instituciones particulares, sin embargo, contribuye a poner de manifiesto lo conflictivo de sus conceptos fundamentales con el fin de servir como base de futuras investigaciones. La tarea recién comienza.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFIA

ABANTO VAZQUEZ, M., “¿Normativismo radical o normativismo moderado?”, en *Revista Penal N°16*, 2005, disponible on line [fecha consulta: 11/02/2012]
<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/247/237>

ALCACER GUIRAO, R., “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, en *ADPCP*, T. XLIX, Fasc. II, Mayo-Agosto 1996, p. 473/508

BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*. 2da. Edición, Ed. Hammurabi, 1999

BUSTOS RAMIREZ, J., “Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas), en *Libro Homenaje Armin Kaufmann*.

CANCIO MELIA, M., “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En *Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá D.C., Colombia, 2003, pág. 211 a 228

CANCIO MELIA, M., Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. En DIAZ-ARANDA, E. y CANCIO MELIA, M., *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 2004, pp. 15/43

CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Ed. Bosch, Barcelona, 1998

CANCIO MELIA, M., “La teoría de la adecuación social en Welzel”, en *ADPCP*, Fasc. II, 1993, pp. 169/202

CANCIO MELIA, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, Junio 2001

CANCIO MELIA, M., FERRANTE, M. y SANCINETTI, M. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ed. Ad-Hoc., Buenos Aires, 1998

CANCIO MELIA, M. y FEIJOO SANCHEZ, B. (ed.). *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Ed. Thomson-Civitas. 1ra. Edición, 2008

CESANO, José Daniel. “La política criminal argentina. ¿últimas imágenes de un naufragio?” Disponible on line. [Fecha de consulta: 14/06/2012]
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-politica-criminal-argentina.-ultimas-imagenes>.

CORCOY BIDASOLO, M. “Imputación Objetiva y principio de lesividad”. En *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, II-L-797, Editores de Derecho Penal, 29-11-11.

CUELLO CONTRERAS, J., “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, en *RECCPC*, ISSN 1695-0194, Artículos RECPC 08-01 (2006)

CUELLO CONTRERAS, J., “Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva”, en *Revista Cuadernos de Política Criminal*, Número 89, 2006, ISSN 0210-4059, p. 5/18

CUELLO CONTRERAS, J., “Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse”, en *RDPC*, 2ª época, N°16 (2005), p. 11/27

CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

DIAZ-ARANDA, E./ CANCIO MELIA M., *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Colección autores de Derecho penal. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza-Argentina, febrero de 1998

DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte General*. (Tomos 1 y 2). Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2008

DONNA, E. A. *Teoría del delito y de la pena*. (Tomos 1 y 2) Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996

DONNA, E. A. *La imputación objetiva. Ensayos de derecho penal*. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Ed. B de F, Buenos Aires, 2011

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. 2da. Edición, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación Objetiva y conducta de la víctima”. *ADPCP*, Tomo LVIII, Fascículo III. Setiembre-diciembre, 2005, p. 734/805

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación Objetiva, Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *RDPC.*, 2º época, número extraordinario 2 (2004) pág. 75/100

GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios penales y Criminológicos X* (1985-86), p. 169/185

GRACIA MARTIN, L., “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”. En *RECPC*, ISSN 1695-0194, Artículos RECPC 06-07 (2004)

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. Edición, corregida. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1997

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Melia, Ed. Ad-Hoc., Buenos Aires, 2006

JAKOBS, G., *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ed. Thomson, Civitas. 2004

JAKOBS, G., “Representación del autor e imputación objetiva”, en *ADCPC*, T. XLIV, Fasc. II, Mayo-Agosto 1991, p. 515/524

LOPEZ DIAZ, D., *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Penales N°5, 1996

LUZON-PEÑA, D. M., “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal 2011-1, Imputación, Causalidad y Ciencia-III*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011

NAGER, H. S., “Reflexiones en torno al origen extra-penal de la teoría de la imputación objetiva”, en *LL-2008-C*, Suplemento Penal 2008, 17 (abril). Disponible on line [fecha consulta: 10/05/2012]

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/delivery/document/retrievalVM?&docguid>

MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2da. Edición, revisada. Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

MIR PUIG, S. “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”. En *RECPC*, ISSN 1695-0194, Artículos RECPC 05-05 (2003)

MIR PUIG, S., “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en *RECPC* 07-18 (2005), ISSN 1695-0194

MONTEALEGRE LYNETT, E. (coord.), *Funcionalismo en Derecho Penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*. 8va. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del Delito*. 4ta. Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2007.

PALERMO, O., “Acción e imputación objetiva en el sistema de Günther Jakobs”, en *Revista del Foro de Cuyo*, Número 40, Ediciones Dike, Mendoza, 2000, p. 51/93

PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C. y CANCIO MELIA, M., *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Ed. Ad-Hoc, 1999

POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*. 6ta Edición actualizada, completamente renovada y puesta al día con la colaboración de Miguel Polaino-Orts. Ed. Bosch, Barcelona

REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*. Segunda Edición, Ed. Temis, Bogotá, 1996

REYES ALVARADO, Y., “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *ADPCP*, T. XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, p. 933/968

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*. Segunda Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1997

ROXIN, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2da. Edición. Trad. Francisco Muñoz Conde. Ed. Hammurabi, 2000

ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*. Trad. de Diego Manuel Luzón-Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976

ROXIN, C., “Ingerencia e imputación objetiva”, en *Revista Penal.com*, N°19 (2007), p. 152/161, disponible on line [fecha consulta: 26/04/2012]

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/21/showToc>

ROXIN, C., “Problemas de la imputación objetiva”, en *Revista de Derecho Penal 2010-2*. Imputación, causalidad y ciencia-II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; p. 13/35

SANCHEZ J./VERA GOMEZ/TRELLES, “Delitos de infracción de deber”, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*, libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, p. 273/288

SANCINETTI, M. (coord.), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Ed. Hammurabi, 2009

SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación o, bjetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios N°1996

TORIO LOPEZ, A., “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *ADPCP*, T. XXXI, Fasc. I, Enero-Abril 1986, pp. 33/48

TORIO LOPEZ, A., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, en *E. Pens. Cr.*, N°X, 1987

ZAFFARONI, E. R./ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6ta. Edición, Ediar, Buenos Aires, 2001.

ZAFFARONI, E. R./ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000