

El concepto de “imputación” en el Derecho penal.

De la “imputatio” a la “imputación objetiva”: un estudio comparativo de los modelos de Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs.

Nicolás Santiago Cordini

DOCTORADO EN DERECHO

Mención Derecho Público

Director: Dr. Julio de Olazábal

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

ABREVIATURAS 7

PARTE I. 11

CAPÍTULO I: Introducción. 11

1. Situación problemática: El renacer de la imputación en el contexto de la sociedad del riesgo. 11
 - 1.1. El renacer de la imputación en los modelos teleológicos. 11
 - 1.2. El fenómeno de la sociedad del riesgo. 13
 - 1.2.1. El concepto de sociedad del riesgo según Beck. 13
 - 1.2.2. El concepto de riesgo según Beck. 16
 - 1.2.3. Síntesis. 18
 - 1.3. Sociedad del riesgo y expansión del derecho penal. 18
 - 1.3.1. El derecho penal de la sociedad del riesgo. 18
 - 1.3.2. La denominada expansión del derecho penal. 19
 - 1.3.3. La reducción de los límites de riesgo permitido. 21
 - 1.4. Explicación causal e imputación. 22
 - 1.4.1. Casos de nuevos riesgos en la jurisprudencia. 22
 - 1.5. ¿Nuevos modelos de imputación? 23
- 1.6. Resumen. 24
2. Planteamientos posibles: definición de los objetivos generales. 25
3. Planteamiento de la hipótesis. 27
4. Finalidad o impacto. 28
5. Organización de la tesis. 28

CAPÍTULO II: El concepto de imputación. 30

1. Introducción. 30
2. Ámbito de aplicación del concepto de imputación. 31
3. La imputación y la causalidad: dos modos de entender fenómenos. 32
4. La imputación como seguimiento de la norma: un modo comprensivo. 37
5. La imputación: sus presupuestos. 40
6. Imputación, imputabilidad y libertad. 41
7. La imputación como estructura social de la realidad. 42
 - 7.1. La propuesta epistemológica de Alfred Schütz. 43
 - 7.2. El concepto de *Lebenswelt*. 45
 - 7.3. Los aportes de Berger y Lunkmann. 47
 - 7.4. La imputación como estructura del *Lebenswelt*. 49
8. El concepto de imputación: su caracterización. 50
9. Resumen. 51

PARTE II. 55

CAPÍTULO I: La doctrina de la *imputatio* según Immanuel Kant. 57

1. Introducción. 57
2. Derecho y moral en el pensamiento kantiano. 59
 - 2.1. El concepto de derecho. 59
 - 2.2. Diferencia entre legislación jurídica y legislación moral. 63
3. La regla “deber implica poder”: presupuesto de toda imputación. 65
4. Los niveles de imputación. 67
 - 4.1. La *imputatio facti* (la imputación del hecho). 67

4.1.1.	La imputación al hecho: ¿imputación de la acción o también imputación de las consecuencias?	67
4.2.	La valoración del hecho conforme a la ley: ¿Una categoría en la teoría kantiana?	70
4.3.	El segundo nivel de imputación: la imputación a título de mérito o de reproche.	74
5.	Imputación, persona y libertad.	77
5.1.	Los conceptos de libertad según Kant.	81
5.1.1.	El concepto de libertad en la Crítica de la razón pura.	81
5.1.1.1.	La tercera Antinomia: Causalidad y libertad.	83
5.1.1.2.	Los conceptos de libertad en el Canon: libertad práctica y libertad trascendental.	88
5.1.2.	La libertad en la <i>Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres</i> .	90
5.1.2.1.	<i>Homo phaenomenon</i> vs. <i>Homo noumenon</i> .	91
5.1.2.2.	El concepto positivo de libertad: la libertad como autonomía.	92
5.1.3.	La crítica de la razón práctica: la ley moral como hecho de la razón.	94
5.1.4.	La <i>Metafísica de las costumbres</i> : libertad negativa y libertad positiva.	97
5.1.5.	De la libertad a la imputación.	100
6.	La <i>imputabilitas</i> : su graduación.	101
7.	Excursus: la finalidad de la pena según Kant.	103
8.	Resumen.	106

CAPÍTULO II: La imputación según Hegel. 110

1.	Introducción.	110
2.	Los estadios dialécticos de la filosofía del derecho hegeliana.	111
3.	El concepto de voluntad según Hegel.	114
4.	El concepto de acción final.	117
4.1.	La finalidad.	117
4.2.	La libertad de la voluntad.	120
5.	La teoría de la imputación.	123
5.1.	El ilícito.	123
5.2.	La imputación al hecho: la imputación como hecho antijurídico.	129
5.2.1.	Imputación objetiva y omisión.	129
5.2.2.	¿Es posible fundamentar una teoría hegeliana del delito imprudente?	130
5.2.3.	El ilícito como negación del derecho.	131
5.3.	La imputación subjetiva.	132
5.3.1.	Capacidad de acción e imputabilidad.	134
5.4.	¿Es posible fundamentar en Hegel diversos niveles de imputación?	135
6.	La pena como reafirmación del derecho.	136
7.	Resumen.	139
8.	Comparación de los modelos de Kant y Hegel. Consideraciones finales.	142

CAPÍTULO III: La teoría de la imputación de Werner Hardwig. 145

1.	Introducción.	145
2.	La función del derecho.	145
3.	La teoría de la imputación.	146
3.1.	El rechazo del dogma causal.	146
3.2.	Imputación y libertad.	147
3.3.	Los niveles de imputación.	149
3.3.1.	La imputación a la antijuridicidad.	149
3.3.2.	La división entre dos niveles de imputación.	152
3.3.3.	La imputación a la culpabilidad.	152
3.4.	Derecho, sujeto de derecho y suceso jurídico como conceptos centrales de la teoría general de la imputación.	152

- 3.5. Teoría de la imputación y teoría del delito. 157
4. Resumen. 160

CAPÍTULO IV: La teoría de la imputación de Joachim Hruschka. 163

1. Introducción. 163
2. La imputación como posibilidad de seguir una regla. 164
3. La imputación: acto declarativo en el ámbito de una comunidad de sujetos. 165
4. Imputación y libertad. 166
5. Reglas de conductas y reglas de imputación. 167
6. Los pasos de la imputación. 169
 - 6.1. La *imputatio facti* (imputación de primer nivel). 170
 - 6.2. La *applicatio legis ad factum* (aplicación de la ley al hecho). 171
 - 6.3. La *imputatio iuris* (imputación de segundo nivel). 172
7. Imputación ordinaria e imputación extraordinaria (*ordentliche und außerordentliche Zurechnung*). 173
8. Implicancias de la doctrina de la imputación en la teoría del delito. 176
9. Valoración crítica. 180
10. Resumen. 181
11. Comparación del modelo de Hardwig con el de Hruschka. 185

PARTE III. 187

CAPÍTULO I: La “moderna” teoría de la imputación en el derecho penal: el concepto de imputación objetiva de Richard Honig. 188

1. La *objektive Bezweckbarkeit* como criterio de la imputación objetiva del resultado. 188
2. La imputación objetiva: el paso del concepto de Richard Honig al de Claus Roxin. 191
3. Resumen. 193

CAPÍTULO II: El modelo de Claus Roxin. 195

1. El planteo metodológico. 195
2. Estructura de la teoría del delito. 198
3. La teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin. 203
 - 3.1. Introducción. 203
 - 3.2. Imputación objetiva y causalidad. 204
 - 3.3. La creación de un riesgo no permitido. 206
 - 3.4. La realización del riesgo no permitido. 208
 - 3.5. El alcance del tipo. 212
4. Valoración crítica. 212
5. Resumen. 213

CAPÍTULO III: El modelo de Wolfgang Frisch. 216

1. El sinalagma delito-pena: el concepto material de delito. 216
 - 1.1. “Injusto” y “culpabilidad” como categorías de la teoría del delito conforme a un concepto material de delito. 218
2. Teoría del comportamiento típico y teoría de la Imputación objetiva. 219
 - 2.1. El comportamiento típico. 222
 - 2.2. La imputación del resultado. 224
3. Excurso: Imputación objetiva e imputación subjetiva: el comportamiento típico como objeto del dolo. 226

4. Valoración crítica. 229
5. Resumen. 231

CAPÍTULO IV: Günther Jakobs y la teoría de la imputación. 234

1. Aspectos metodológicos. 234
2. Sociedad y comunicación: el concepto de persona y la finalidad de la norma. 235
3. Deberes negativos y positivos. 238
4. El concepto de delito. 239
5. La finalidad de la pena en el pensamiento de Jakobs. 240
6. La teoría de la imputación. 242
 - 6.1. La categoría de la acción. 244
 - 6.1.1. La acción como juicio de imputación. 244
 - 6.1.2. Acción y omisión: el deber de garantía como concepto de enlace entre ambas categorías. 245
 - 6.2. La teoría de la imputación objetiva. 247
 - 6.2.1. El riesgo permitido. 250
 - 6.2.2. Principio de Confianza. 251
 - 6.2.3. La prohibición de regreso. 253
 - 6.2.4. El ámbito de competencia de la víctima. 255
 - 6.2.5. La realización del riesgo en el resultado. 256
 - 6.2.5.1. La exclusión de la imputación del resultado. 258
 - 6.3. La distinción entre imputación objetiva y justificación. 260
 - 6.4. La separación entre injusto y culpabilidad. 261
 - 6.5. La culpabilidad: naturaleza versus sentido. 262
7. Críticas. 264
8. Valoración crítica del modelo propuesto por Jakobs. 265
9. Resumen. 268

CAPITULO V: La negación de teoría de la imputación objetiva por el finalismo. 274

1. La teoría de la acción final de Hans Welzel: la función de filtro del dolo. 274
2. La crítica a la imputación objetiva por los autores finalistas. 279
3. Resumen 283

PARTE IV. 285

CAPÍTULO I: La teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva *ex ante*. 286

1. Introducción. 286
2. La creación de un riesgo no permitido. 286
 - 2.1. ¿Comparten los autores el mismo concepto de riesgo? 286
 - 2.2. Los límites al riesgo permitido. 291
 - 2.2.1. Claus Roxin. 291
 - 2.2.2. Wolfgang Frisch. 296
 - 2.2.3. Günther Jakobs. 298
 - 2.3. Excurso: riesgo permitido y adecuación social. 300
 - 2.4. El Juicio de riesgo. 302
 - 2.4.1. Excurso: la discusión en torno a la perspectiva *ex ante* o *ex post*. La disputa Frisch vs. Burkhardt. 304

- 2.5. Juicio *ex ante* y conocimientos especiales. 306
- 2.5.1. Claus Roxin. 307
- 2.5.2. Wolfgang Frisch. 308
- 2.5.3. Günther Jakobs. 309
- 3. El ámbito de protección de la norma. 311
- 3.1. El ámbito de protección de la norma en la teoría de Roxin. 312
- 3.1.1. Ámbito de protección de la norma de cuidado y alcance del tipo. 315
- 3.1.2. Críticas al ámbito de protección de la norma de Roxin. 320
- 3.2. La propuesta de Frisch. 321
- 3.3. El ámbito de protección de la norma en Jakobs. 323
- 4. Excurso: la denominada prohibición de regreso. 323
- 5. Conclusiones. 325
- 6. Resumen. 327

CAPÍTULO II: la realización del resultado en la teoría de la imputación objetiva. 330

- 1. Introducción. 330
- 2. La imputación del resultado: el rol de la causalidad. 330
- 3. La realización del riesgo como regla general de imputación. 335
- 4. La exclusión de la imputación del resultado. 336
- 5. La problemática de los cursos causales hipotéticos. 338
- 6. La teoría del incremento del riesgo (*die Risikoerhöhungstheorie*). 342
- 6.1. La propuesta de Roxin. 342
- 6.2. El punto de vista de Frisch. 345
- 6.3. La solución de Jakobs. 346
- 7. Excursus: los daños secundarios y los resultados hipercondicionados en la teoría de Jakobs. 347
- 7.1. Daños secundarios. 347
- 7.2. Los resultados hipercondicionados. 348
- 8. La realización del resultado: su determinación *ex post*. 349
- 9. Conclusiones. 351
- 10. Resumen. 353

PARTE V. 357

CAPÍTULO I: Conclusiones finales. 357

- 1. Introducción. 357
- 2. La imputación: adscripción y seguimiento de una regla. 358
- 3. La imputación: una estructura del *Lebenswelt*. 359
- 4. El concepto de imputación amplio: la imputación como ilícito culpable. 360
- 4.1. El concepto amplio de imputación. 360
- 4.2. Los aportes de las antiguas doctrinas de la *imputatio*. 361
- 4.3. Las teorías de la imputación en el derecho penal. 363
- 4.3.1. Los aportes de Hardwig y Hruschka. 363
- 4.3.2. La imputación según Hruschka: un juicio *ex post*. 367
- 4.4. El concepto amplio de imputación: el sistema de la imputación jurídico penal de Günther Jakobs. 368
- 5. El concepto limitado de imputación. 371
- 5.1. Del concepto amplio al concepto limitado de imputación. 371
- 5.2. Las teorías de la imputación objetiva del resultado. 373
- 5.3. La norma de sanción como ámbito de la imputación objetiva. 375

6. Los modelos normativos analizados. 378
7. La imputación objetiva y la *imputatio facti*, ¿son categorías equivalentes? 379
8. La imputación objetiva: lo que queda. 382
9. La imputatio y la imputación objetiva del resultado: dos conceptos diversos. 385
10. Un balance final. 385
- 10.1. La imputación: juicio constitutivo de la persona. 386
- 10.2. El injusto y la culpabilidad como estructuras del *Lebenswelt*. 386
- 10.3. Las teorías de la *imputatio* y la teoría del delito: su complementariedad. 389
11. Resumen. 391

BIBLIOGRAFÍA. 397

Abreviaturas.

AT.....	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte General)
ARSP.....	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
Art.....	Artículo
B.....	<i>Band</i> (Tomo)
BGB.....	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemán)
BGH.....	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal Alemán)
BGHSt.....	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal)
BRD.....	<i>Bundesrepublik Deutschland</i> (República Federal Alemana)
BVerfG.....	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal – Alemán)
DDR.....	<i>Deutsche Demokratische Republik</i> (República Democrática Alemana)
E.....	<i>Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse von G. W. F. Hegel</i>
FG.....	<i>Festgabe</i>
FS.....	<i>Festschrift</i>
GA.....	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GG.....	<i>Grundgesetzbuch für die Bundesrepublik Deutschland</i> (Ley Fundamental de la República Federal Alemana)
GMdS.....	<i>„Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ von Immanuel Kant</i>

GS.....	<i>Gedächtnisschrift</i>
GPhR.....	<i>„Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse“ von G.W.F. Hegel</i>
Hrsg.....	<i>Herausgeber (compilador)</i>
IO.....	<i>La imputación objetiva en Derecho penal de Günther Jakobs</i>
JRE.....	<i>Jahrbuch für Recht und Ethik</i>
JZ.....	<i>Juristenzeitung</i>
KpV.....	<i>Kritik der praktischen Vernunft von Immanuel Kant</i>
KrV.....	<i>Kritik der reinen Vernunft von Immanuel Kant</i>
KStS.....	<i>Kriminalpolitik und Strafrechtssystem von Claus Roxin</i>
KUK.....	<i>Kritik der Urteilskraft von Immanuel Kant</i>
MdS.....	<i>Metaphysik der Sitten von Immanuel Kant</i>
MdS-R.....	<i>Metaphysik der Sitten - Rechtslehre</i>
MdS-T.....	<i>Metaphysik der Sitten - Tugendlehre</i>
MdS-V.....	<i>Metaphysik der Sitten - Vigilantius</i>
Ob. Cit.....	<i>Obra citada</i>
RAE.....	<i>Real Academia Española</i>
Rechtstheorie.....	<i>„Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts“</i>
RG.....	<i>Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)</i>
RGSt.....	<i>Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo del Reich en materia penal)</i>

RMP.....	<i>Reflexionen zur Moralphilosophie von Immanuel Kant</i>
RRL.....	<i>„Reine Rechtslehre“ von Hans Kelsen</i>
SK.....	<i>Sistematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
SP.....	<i>Schuld und Prävention von Günther Jakobs</i>
SsZ.....	<i>System der strafrechtlichen Zurechnung von Günther Jakobs</i>
StGB.....	<i>Strafgesetzbuch (Código penal alemán)</i>
SZ.....	<i>„Strukturen der Zurechnung“ von Joachim Hruschka</i>
T.....	<i>Teil</i>
TVZE.....	<i>„Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs“ von Wolfgang Frisch</i>
v.gr.....	<i>Verbigracia</i>
VR.....	<i>„Vorsatz und Risiko...“ von Wolfgang Frisch</i>
ZStW.....	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
z.70.G.....	<i>Zum 70. Geburtstag</i>

PARTE I.

CAPÍTULO I: Introducción.

1. Situación problemática: El renacer de la imputación en el contexto de la sociedad del riesgo.

1.1. El renacer de la imputación en los modelos teleológicos.

El concepto de “imputación” no es una creación reciente sino que se remonta hasta los inicios de la civilización occidental. Para ser más precisos, el primer análisis de la imputación se encuentra en *La ética nicomaquea* de Aristóteles, concepto que siguió siendo estudiado tanto desde la filosofía aristotélica tomista, como desde el racionalismo con autores como Samuel Pufendorf y Christian Wolff, pasando por el idealismo alemán con Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

Los aportes hechos por el racionalismo y el idealismo han imbuido a la doctrina penal de conceptos, categorías, principios, etc., cuyo objetivo ha sido siempre el de dotar al derecho penal de una mayor racionalidad a la hora de resolver conflictos. Uno de esos conceptos, o para ser más exactos, una de las teorías que ha desarrollado la embrionaria materia penal de aquel período, fue la de la imputación (*die Zurechnungslehre*). Sin embargo, este modo de comprender el delito fue dejado de lado por la dogmática jurídico-penal que se instaura con el positivismo y, con ello, el concepto de imputación es dejado de lado. A partir de ese entonces, el delito tratará de ser explicado en términos causales, de manera similar a como los fenómenos son descritos por las ciencias naturales.

El quiebre de este monismo metodológico a partir del surgimiento del neokantismo no sólo implicó un cambio de perspectiva metodológica en el ámbito de las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) ahora centradas en la comprensión del fenómeno (*Verstehen*) sino que también, en el ámbito de la dogmática jurídica, implicó que el concepto de imputación fuese reintroducido en el primer tercio del siglo XX por Karl Larenz¹ en el ámbito del derecho civil y luego por Richard Honig² en la esfera de la dogmática jurídico-penal.

¹Véase LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität*, 1. Auflage, Leipzig, Werner Scholl Verlag, 1927.

²Véase HONIG, Richard: „Kausalität und Objektive Zurechnung“ en „Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930“, Band I, Tübingen, Verlag von J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pp. 174-201.

En la dogmática jurídico-penal alemana de corte teleológico se han desarrollado, desde la década del setenta, modelos explicativos denominados “teoría de la imputación objetiva” cuya finalidad es aportar criterios normativos para establecer con mayor precisión la relación, en los delitos de resultado, entre la conducta prohibida y el resultado producido. El primer esbozo de la moderna teoría de la imputación objetiva fue aportada por Claus Roxin en el libro homenaje al penalista neokantiano Richard Honig³, tomando el concepto de imputación de este último.

A partir de entonces se han desarrollado diversos modelos explicativos de imputación objetiva, los de Rudolphi, Wolter, Schünemann, Frisch, Jakobs, entre otros. Estos modelos formulan, en términos generales, que un resultado causado por una conducta humana sólo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si este peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado.

De manera paralela, desde otros posicionamientos dogmáticos, especialmente en modelos dogmáticos de corte finalista, se han alzado voces detractoras respecto de esta teoría, considerándola inapropiada para la resolución de los problemas que se propone solucionar. Puesto que los casos a los que esta teoría intenta dar respuesta, son abordados por otras categorías del sistema.

Más allá de las críticas, la teoría de la imputación objetiva ha ido ganando adeptos tanto en el derecho penal alemán como en el español, encontrándose actualmente en auge en los sistemas jurídicos de varios países latinoamericanos. Desde determinado sector de la dogmática jurídico-penal, se le reconoce a la teoría de la imputación objetiva, entendida como subcategoría del tipo penal, el hecho de favorecer la resolución de problemas que se planteaban bajo el amparo de una teoría de causal amplia. Sin embargo, no hay que desconocer que se trata de un concepto ambiguo, y su utilización por parte de los diversos operadores jurídicos acarrea, muchas veces, un aumento de los márgenes de discrecionalidad a la hora de decidir un caso.

³Véase ROXIN, Claus: „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en „Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970“, herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, Verlag Otto Schwatz & CO., 1970, pp. 133-150.

El renacer de la imputación no es un fenómeno que se presenta sólo en la dogmática jurídico-penal. Ésta, en tanto disciplina⁴ científica, no se encuentra aislada de otros fenómenos que se producen al interior de otras disciplinas que se encuentran con aquella en mutua relación en lo que podría llamarse la ciencia del derecho penal, entre ellas, la política criminal. En esta disciplina se presenta el fenómeno denominado “expansión del derecho penal”, fenómeno que no es ajeno a un fenómeno social más amplio, que se conoce como “sociedad del riesgo” (*die Risikogesellschaft*). Por lo tanto, para poder ilustrar de modo cabal la situación problemática, debemos detenernos en la descripción de estos dos fenómenos, a saber, la sociedad del riesgo y la denominada expansión del derecho penal.

1.2. El fenómeno de la sociedad del riesgo.

1.2.1. El concepto de sociedad del riesgo según Beck.

Quien ha acuñado el concepto de “sociedad del riesgo” (*die Risikogesellschaft*) ha sido el sociólogo alemán Ulrich Beck. Este autor considera que la contracara del agotamiento o, para ser más exacto, de la obsolescencia de la sociedad industrial⁵ es el desvelamiento de la sociedad del riesgo que la define como:

“una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad”⁶.

El proceso antes señalado constaría básicamente de dos fases. La primera de ellas es conocida como “sociedad del riesgo residual”, en la cual si bien se producen daños y amenazas de

⁴Cuando utilizamos el término “disciplina” seguimos el concepto establecido por WALLERSTEIN que refiere, en realidad, a tres cosas al mismo tiempo. “En primer lugar, a categorías intelectuales, modos de afirmar que existe un campo de estudio definido con algo parecido a límites, aunque sean controvertidos o borrosos, y con modalidades de investigación separadas como legítimas. En este sentido, las disciplinas son constructos sociales (...) En segundo lugar, las disciplinas son estructuras institucionales que han ido adaptando una forma cada vez más elaborada desde el siglo XIX. Las universidades se dividen en departamentos que llevan nombres disciplinares, los títulos universitarios corresponden a disciplinas específicas y los profesores tienen cargos que también comprenden el nombre de la disciplina a la que se dedican (...) Por último, las disciplinas son también una cultura. Habitualmente, los académicos que dicen pertenecer a un grupo disciplinar comparten con los otros miembros del grupo experiencias y contactos: han leído los mismos textos ‘clásicos’; participan de los mismos debates tradicionales, que a menudo son distintos de los de las disciplinas lindantes; tienen un mismo estilo y reciben recompensas por ello”. WALLERSTEIN, Immanuel: *Las incertidumbres del saber*, traducción de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 141-142.

⁵La sociedad industrial se despidió del escenario de la historia mundial por la escalera trasera de los efectos secundarios. BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás, Buenos Aires, Paidós, 1998, p. 17.

⁶BECK, Ulrich: “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva” en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno* de Ulrich Beck, Anthony Giddens y Scott Lash, traducción de Jesús Albores, Madrid, Alianza, 2001, p. 18.

manera sistemática, los mismos no alcanzan a ser objeto de debate público o bien, el centro de decisiones políticas. El consenso para el progreso o la abstracción de los peligros y efectos ecológicos dominan la actuación de las personas e instituciones. Por ello, sigue teniendo operatividad el concepto de sociedad industrial y la preponderancia del mismo hace que se solapen y permanezcan escondidos o bien, sean legitimadas las amenazas por la toma de decisiones como riesgos residuales⁷.

En un determinado momento, el período de latencia llega a su fin y los riesgos comienzan a ser percibidos. Según Beck esta situación tiene dos caras: la del riesgo y la de la percepción pública. Nunca se sabe si los riesgos se han intensificado o son una consecuencia de la percepción de los mismos. En realidad ambas cuestiones convergen y se determinan mutuamente, ya que los riesgos y su percepción son una misma cosa⁸: los riesgos son riesgos en el conocimiento⁹.

La segunda fase se produce cuando los riesgos generados por la sociedad industrial comienzan a ser objeto tanto de discusión como de conflictos (públicos y privados). En este estadio se revela que determinadas instituciones de dicha sociedad son las generadoras y legitimadoras de estos riesgos ingobernables. Esto da lugar a una situación paradójica puesto que el modelo de la sociedad industrial comienza a ser cuestionado pero, al mismo tiempo, se sigue actuando conforme a sus pautas.

A este tránsito autónomo que se da entre un modelo de sociedad a otro, que posee las notas de no ser percibida ni deseada por la sociedad industrial, se lo llama “reflexibilidad”, a la cual se define como la auto-confrontación con aquellos efectos de la sociedad del riesgo que no

⁷BECK afirma que la sociedad del riesgo surge como continuación de procesos de modernización automatizados que son ciegos y sordos a sus propios efectos y amenazas. De forma acumulativa y latente, estos procesos producen amenazas que cuestionan y, finalmente, destruyen los fundamentos de la sociedad industrial. BECK, Ulrich: Ob. Cit. p. 19.

⁸A partir de un concepto antropológico de riesgo, Mary DOUGLAS opina de manera similar a BECK cuando afirma que la gente subestima de ordinario los riesgos en situaciones familiares y los riesgos de baja probabilidad. Le impactan con fuerza los sucesos relatados por medios de comunicación que parecen dramáticos (una catástrofe aérea con estrellas de cine a bordo) y se siente menos impresionada por pérdidas no dramáticas (tales como muertes por asma). DOUGLAS, Mary: *La aceptabilidad de los riesgos según las ciencias sociales*, traducción de Víctor Abelardo Martínez, Barcelona, Paidós, 1996, p. 105.

⁹BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo*, p 56.

pueden ser tratados y asimilados dentro del sistema de la sociedad industrial¹⁰, en tano que medidos por los estándares institucionalizados de esta última¹¹. Beck señala que:

“El proceso de modernización se vuelve reflexivo, se torna a sí mismo como tema y problema. Las cuestiones de desarrollo y de la aplicación de tecnologías (en el ámbito de la naturaleza, la sociedad y la personalidad) son sustituidas por cuestiones de la “gestión” política y científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación) de los riesgos de tecnologías a aplicar actual o potencialmente en relación a horizontes de relevancia a definir espacialmente. La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico”¹².

Determinados postulados del primer modelo de modernidad comienzan a ser cuestionados, v.gr. la problemática del desarrollo y su limitación, o bien, el establecimiento de nuevos estándares (de responsabilidad, seguridad, control, limitación de daños y distribución de las consecuencias del daño) imperantes hasta el momento en función de las amenazas potenciales ahora percibidas¹³.

En este estadio muchas cuestiones dejan ya de ser analizadas como “problemas de orden” para ser tratados como “problemas de riesgos”. Se produce un retorno a la incertidumbre debido a que no existen respuestas unívocas para resolver los problemas generados por los riesgos¹⁴. Ahora bien, el avance en materia científica no está relacionado con la disminución de incertidumbre dado que de la mano de los nuevos descubrimientos también aparecen

¹⁰Según BECK, en la sociedad del riesgo global la sociedad se hace reflexiva en tres sentidos (...) En primer lugar, se convierte en una cuestión y en un problema por sí misma: los peligros globales establecen reciprocidades mundiales y, en efecto, los contornos de una (potencial) esfera pública global empiezan a cobrar forma. En segundo lugar, la globalidad percibida de una civilización se pone en peligro a sí misma desencadena un impulso, moldeable políticamente, hacia el desarrollo de instituciones internacionales cooperativas. En tercer lugar, los límites de lo político empiezan a eliminarse: aparecen constelaciones de una sub-política que es, de forma simultánea, global y directa, que relativiza o esquiva las coordenadas y coaliciones de la política del estado-nación y que puede conducir a “alianzas de creencias mutuamente excluyentes” de alcance mundial. En otras palabras, la “sociedad cosmopolita” (Kant) puede cobrar forma en la necesidad percibida de una sociedad del riesgo global. BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*, traducción de Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI Editores, 2002, p. 30.

¹¹BECK, Ulrich: “Teoría de la sociedad del riesgo” en “Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo” Josetxo Berstein compilador, traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthopos, 1996, p. 203.

¹²BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*, p. 26.

¹³BECK, Ulrich: “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, p. 19.

¹⁴BECK, Ulrich: Ob. Cit., p. 22.

nuevas dudas. Por ello en este estadio la mezcla ignorancia-conocimiento está situada en el corazón de la nueva cultura del riesgo¹⁵.

La sociedad del riesgo se define a partir de estar signada por la lógica de la distribución de riesgos, así como el conflicto central de la sociedad industrial giraba en torno a la distribución de las riquezas¹⁶. Es por ello que las sociedades del riesgo no son sociedades de clases; sus situaciones de peligro no se pueden pensar como situaciones de clases, ni sus conflictos como conflictos de clase¹⁷. Los nuevos riesgos terminan produciendo un “efecto boomerang” ya que alcanzan a sus productores o a quienes se benefician de ellos. Se produce así la identificación, en una misma persona, de las categorías de víctima y culpable. Por ello no es posible dividir la sociedad entre productores y receptores de riesgos ni entre afectados y no-afectados.

Por último, el concepto de sociedad del riesgo vuelve a unir cuestiones que en el modelo anterior de sociedad eran mutuamente excluyentes: sociedad y naturaleza, ciencias sociales y ciencias de la materia, construcción discursiva del riesgo y materialidad de las amenazas¹⁸. De este modo se colocan en la centralidad del debate político cuestiones como: el problema de la naturaleza, la democratización de la democracia y el papel futuro del Estado¹⁹.

1.2.2. El concepto de riesgo según Beck.

Conforme a Ulrich Beck, los riesgos generados por la sociedad industrial, si bien externamente pueden asemejarse a los que acaecían en etapas anteriores de la humanidad, se caracterizan por la globalidad de su alcance y por proceder de causas modernas. Son fruto del proceso de modernización, surgen con la maquinaria del progreso que significó la primera modernidad y fueron agudizándose con su posterior desarrollo²⁰.

¹⁵HERMITTE, M-A: “los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo”, en “Gobierno de los riesgos”, Jorge Mosset Iturraspe (et al.), Gonzalo Sozzo coordinador, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2007, p. 24.

¹⁶En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los sistemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica. BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, p. 25.

¹⁷BECK, Ulrich: Ob. Cit., p. 42.

¹⁸BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*, p. 5.

¹⁹BECK, Ulrich: Ob. Cit., p. 7.

²⁰En *La sociedad del riesgo global*, BECK realiza una tipología de estos nuevos riesgos distinguiendo en tres categorías: en primer lugar, existen conflictos sobre qué puede denominarse males (en oposición a los bienes): es decir, destrucción ecológica y peligros tecnológico-industriales motivados por la riqueza, tales como el agujero en la capa de ozono, el efecto invernadero o las carestías regionales de agua, así como los riesgos impredecibles que implica la manipulación genético de planta y seres humanos. Una segunda categoría, sin embargo,

Estos riesgos, sistemáticos y muchas veces irreversibles, pueden producir sus consecuencias en lugares remotos ya que, en su acaecimiento, no están ligados a su lugar de producción. Además, pueden parecer invisibles por mucho tiempo hasta que sus consecuencias logren ser percibidas. Asimismo, se basan en relaciones causales sumamente complejas, de múltiples actores y complejas relaciones entre los mismos. Todo ello hace que *a priori* no se sepa de manera acabada cuál será la magnitud de sus consecuencias. El problema de la incalculabilidad de las consecuencias y daños se evidencia de forma particularmente nítida en la falta de responsabilidad por el acaecimiento de los mismos.

Por otra parte, muchos de los nuevos riesgos no pueden ser captados por la percepción humana inmediata, requiriendo de los “órganos perceptivos” de la ciencia (teorías, experimentos, instrumentos de medición) para hacerse “visibles”, interpretables, como peligros²¹. La importancia de estos nuevos riesgos reside, según Beck, en que:

“... no se agotan en consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que contienen esencialmente un componente futuro. Éste reposa tanto en la prolongación al futuro de los daños ya visibles como en la pérdida general de confianza o en la suposición de un fortalecimiento del riesgo. Así pues, los riesgos tienen que ver esencialmente con la previsión, con destrucciones que aún no han tenido lugar, pero que son inminentes”²².

El núcleo de la consciencia del riesgo no reside en el pasado sino en el futuro. En la sociedad del riesgo el pasado pierde la fuerza para la determinación del futuro. Los riesgos tienen que ver esencialmente con la previsión, con destrucciones que aún no han tenido lugar pero que son inminentes, y que precisamente en este significado ya no son importantes hoy.

Además, Beck considera que este nuevo concepto de riesgo se refiere a una peculiar síntesis de conocimiento y desconocimiento. Para ser más exacto, se fusionan aquí dos significados, a saber: la evaluación de riesgos basada en el conocimiento empírico, por un lado, y la toma de

comprende los riesgos que están directamente relacionados con la pobreza. La tercera amenaza es la procedente de las armas de destrucción masiva (nucleares, biológicas, químicas), se despliega de hecho (en vez de utilizarse con la finalidad de producir terror) en la situación excepcional de guerra. Estas diversas amenazas globales muy bien pueden complementarse y acentuarse mutuamente: es decir, será necesario considerar la interacción entre la destrucción ecológica, las guerras y las consecuencias de la modernización incompleta. BECK, Ulrich: Ob. Cit., pp. 54-56.

²¹BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo*. p. 33.

²²BECK, Ulrich: Ob. Cit., p. 39.

decisiones y la actuación sobre los riesgos en la incertidumbre indefinida, es decir, la indeterminación, por otro.²³ Al respecto Beck aclara:

“Los riesgos no se refieren a los daños producidos. No son lo mismo que destrucción (...) Sin embargo, los riesgos sí representan una amenaza de destrucción. El discurso de los riesgos empieza donde acaba nuestra confianza en nuestra seguridad y deja de ser relevante cuando ocurre la catástrofe potencial. El concepto de riesgo, por tanto, caracteriza un peculiar estado intermedio entre la seguridad y la destrucción, en el que la percepción de los riesgos que nos amenazan determina el pensamiento y la acción”²⁴.

1.2.3. Síntesis.

Podemos resumir la postura de Beck diciendo que la categoría conocida como “sociedad del riesgo” designa un estadio de la modernidad, en el que se produce una generalización de nuevos riesgos, ligados al desarrollo. Dichos riesgos son de difícil anticipación y reclaman el dominio de nuevas capacidades técnicas. Dada su difícil precisión, tanto en cuanto a su acaecimiento como a sus efectos, resulta sumamente complejo atribuir responsabilidad por tales riesgos. No está del todo claro quién es el sujeto que lo genera y quién debe soportarlo. Además de la existencia objetiva de nuevos riesgos, existe un sentimiento generalizado de inseguridad derivado de la falta de predicción de los resultados esperables de un fenómeno. En estos modelos sociales se plantea la autolimitación de ese desarrollo y se propone el cometido de tematizar los estándares alcanzados (en responsabilidad, seguridad, control, limitación de perjuicios y distribución de efectos nocivos) en clave de peligros potenciales²⁵.

1.3. Sociedad del riesgo y expansión del derecho penal.

1.3.1. El derecho penal de la sociedad del riesgo.

El fenómeno de la sociedad del riesgo produce, al interior del derecho penal, la pretensión de transformar las estructuras básicas del mismo de acuerdo con las nuevas necesidades sociales que demanda este modelo social, lo que se traduce en un uso simbólico del derecho penal legitimado por el discurso preventivo-general desde una perspectiva funcionalista.

La respuesta que se ofrece desde la política criminal a este fenómeno, siguiendo a Díez Ripollés, adquiere los siguientes rasgos distintivos: a) ampliación de los ámbitos objetos de

²³BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*”, p. 222.

²⁴BECK, Ulrich: Ob. Cit., p. 214.

²⁵BECK, Ulrich: “Teoría de la sociedad del riesgo”, p. 303.

intervención penal (el medio ambiente, ámbitos tecnológicos como el nuclear, el informático, o el genético, el orden económico y las actividades encuadradas con estructuras delictivas organizadas); b) nuevo blanco de la política criminal centrado en la persecución de la criminalidad de los poderosos; c) la preeminencia otorgada al derecho penal en detrimento de otros instrumentos de control social; d) la necesidad de reacomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales necesidades que plantea esta nueva forma de criminalidad; ello implica, entre otras medidas, flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y las garantías individuales²⁶.

El derecho penal resultante de esta nueva política criminal adquiriría las siguientes características: a) incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; b) predominio de delitos de peligro abstracto; c) anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles o bien, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados; d) significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: una de estas modificaciones se da en la flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad²⁷.

La consecuencia es un derecho penal marcadamente preventivo que interviene ya en el momento del peligro o incluso en estadios anteriores²⁸. Así como desde la perspectiva del tipo objetivo, la figura central yace en los delitos de peligro abstracto, desde el punto de vista del desvalor de acción el prototipo del dolo lo constituye el dolo eventual, entendido como el conocimiento de una acción peligrosa²⁹.

1.3.2. La denominada “expansión del derecho penal”.

En una línea discursiva similar, aunque con otros matices, Jesus-María Silva Sánchez considera que la política criminal atraviesa un período de crisis conocido como el “fenómeno

²⁶DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires, B de F, 2007, pp. 134-135; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-01* (2005), pp. 4-5.

²⁷DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La política criminal en la encrucijada*, pp. 136-137 ; “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, p. 5.

²⁸SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, María Isabel: *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999, p. 81.

²⁹PRITTWITZ, Cornelius: *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Klostermann Verlag, 1993, p. 352.

de la expansión del Derecho penal”. El mismo se basa en la creación de nuevos bienes jurídico-penales (v.gr. el medio ambiente, la paz, el tráfico económico), en la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes (disminución de los espacios de riesgo permitido), en la flexibilización de las reglas de imputación y en la relativización de los principios político-criminales.

Como causas de este fenómeno este autor menciona: a) La efectiva aparición de nuevos riesgos producto de la complejización de las interacciones humanas; b) La sensación social de inseguridad que generan las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración; c) La configuración de una sociedad de sujetos pasivos; d) La identificación de la mayoría social con la víctima del delito, reinterpretando al *ius puniendi* como “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”; e) El descrédito de otras instancias de protección, resignificando el derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político social; f) El surgimiento de nuevos gestores atípicos de la moral colectiva (*athypischer Moralunternehmer*) y del recurso al Derecho penal para la protección de sus respectivos intereses (organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o antidiscriminatorias); g) El desprecio por las formas (garantías), que responde siempre a la supuesta constatación de la ineficiencia de las mismas³⁰.

Díez Ripollés rechaza la postura de Silva Sánchez considerando que este último modelo presenta características de dos modelos diferentes, el de la sociedad del riesgo y el de la seguridad ciudadana³¹, que abordan realidades diferentes desde perspectivas ideológicas diversas y que, por tanto, merecen un tratamiento diferenciado³². El concepto de “expansión” deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la

³⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (1999), Buenos Aires, B de F, 2006, pp. 18-60.

³¹Características del Modelo de la seguridad ciudadana son: a) el protagonismo de la delincuencia clásica; b) generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, tanto en la preocupación general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima del delito; c) sustantividad de los intereses de las víctimas; d) el populismo penal caracterizado por el distanciamiento o incompreensión hacia los expertos y en el empobrecimiento de la política criminal sumido en un debate uniforme y sin matices en el que se descalifica cualquier postura que conlleve una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata; e) el redescubrimiento de la prisión; f) la ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal que se visualiza en la generalización de la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito; g) implicación de la sociedad en la lucha contra el delito; h) transformación del pensamiento criminológico centrado en la idea de que la delincuencia surge por defecto, siendo la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último. DIEZ RIPOLLES, José Luis: Ob. Cit., pp. 69-100.

³²DIEZ RIPOLLES, José Luis: Ob. Cit., p. 132.

sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar dentro de ese nuevo concepto de expansión un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente³³. En consecuencia, características tales como la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, o bien el surgimiento de nuevos gestores atípicos de la moral colectiva, entre otros, son propias del modelo de la seguridad ciudadana y no del de la sociedad del riesgo.

1.3.3. La reducción de los límites de riesgo permitido.

La dogmática jurídico-penal ha desarrollado el concepto de “riesgo permitido” (*erlaubtes Risiko*) como criterio doctrinal para negar la imputación de aquellas acciones que, no obstante ser objetivamente típicas, no superan el límite de lo que se considera socialmente tolerado y, por ende, dichas conductas no se consideran prohibidas pese a que han realizado la conducta descrita en el correspondiente tipo penal. El concepto de riesgo permitido asume la función de fijar límites más o menos precisos dentro de cuyo ámbito las conductas se consideran no desaprobadas, a partir de valoraciones *a priori*, esto es sin tener en cuenta los intereses de los sujetos que realizan la acción típica.

El modelo de la sociedad industrial estaba basado en que los riesgos generados por el proceso de industrialización eran soportados por la misma sociedad necesitada avances. Sin embargo, esta relación de costes-beneficios es redefinida en el marco de la sociedad del riesgo, produciéndose un achicamiento del ámbito de lo “permitido” en materia de riesgos y, en consecuencia, también de los espacios de libertad. En la sociedad del riesgo, la disminución de los espacios de riesgos permitidos es consecuencia de una sobrevaloración de la seguridad frente la libertad. En términos de Silva Sánchez:

“... nos hallamos en un modelo de sociedad orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada. En otras palabras (...), en la ponderación previa al establecimiento de las fronteras entre riesgo permitido y riesgo desaprobado, la libertad de acción ha cedido con claridad frente a la libertad de no pasión”³⁴.

Además, en la actualidad se produce una equiparación de los riesgos tecnológicos con aquellos derivados de la vida cotidiana, como son la marginación social, el desempleo, etc. Equiparación que se produce tanto en su faz objetiva como subjetiva, es decir, tanto en la

³³DIEZ RIPOLLES, José Luis: Ob. Cit., p. 156.

³⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Ob. Cit., p. 37.

identificación de realidades diversas como en la identificación del sentimiento de inseguridad. Desde la perspectiva subjetiva del riesgo, se equipara el sentimiento de inseguridad hacia los riesgos desconocidos con el sentimiento de inseguridad ligado a la criminalidad clásica, como si se tratasen de una misma realidad.

No solamente se reducen las esferas de libertad sino que, al mismo tiempo, hay un rechazo a considerar sucesos como meramente accidentales, es decir, se niega la imputación a la víctima a título de ‘desgracia’ ante la imposibilidad de atribuir el hecho al autor o a un tercero. Ante esta negativa a que el suceso no pueda ser imputado, se produce una despersonalización y una a-moralización del proceso imputativo³⁵. En este punto, resulta plausible preguntarse cómo se produce esa despersonalización de la imputación.

1.4. Explicación causal e imputación.

Tanto la explicación causal como la comprensión del fenómeno a través de la imputación, constituyen modos de entender al mundo. El primero de ellos no es sino un fenómeno relativamente reciente, producto de los descubrimientos producidos en el ámbito de las ciencias naturales. La imputación, por el contrario, es más antigua puesto que la atribución de consecuencias a un sujeto como su obra existía aún antes de que dicha relación pueda ser explicada en términos de la *conditio sine qua non*.

Ahora bien, si los fenómenos son explicados a través de la causalidad, sustituyendo o bien complementando la imputación, las variaciones que se produzcan en torno a la explicación causal impactarán, en última instancia, en el fenómeno de atribución de responsabilidad.

1.4.1. Casos de nuevos riesgos en la jurisprudencia.

En materia de nuevos riesgos se han planteado casos jurisprudenciales en Alemania, tales como el del “spray de cuero”³⁶ o el del “producto protector de madera”³⁷, entre otros, en los

³⁵SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Ob. Cit., p. 42.

³⁶BGHSt 6-7-1990: El caso trataba de un spray para impregnar zapatos y otros objetos de cuero. Los productores en el otoño de 1980 recibieron avisos en los que se daba cuenta que personas habían visto perjudicada su salud por la utilización del producto. Estos menoscabos consistían en problemas de respiración, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. Algunos de los usuarios del spray fueron hospitalizados e incluso en no pocas ocasiones en las unidades de vigilancia intensiva por existir peligro de fallecimiento. Los diagnósticos ponían de relieve regularmente la existencia de acumulaciones de líquido en los pulmones. La empresa como consecuencia de las distintas informaciones realizó una investigación interna que llevó a que se paralizara la producción y su actividad durante un corto periodo de tiempo en 1981, medida que al poco tiempo se levantó. El 12 de mayo de 1981 se celebró una reunión extraordinaria del Consejo de administración, en la que tomaron parte cuatro

cuales el instrumento que provee la imputación objetiva del resultado se mostraba inadecuado para fundamentar la responsabilidad. Esto llevó al BGH a obviar la prueba de la causalidad en términos de la *conditio sine qua non*, bastando para fundamentar la atribución del resultado la causalidad conforme a la ley, o la denominada causalidad cumulativa. Conforme a esta última, basta que la causa haya reforzado la aparición del resultado a través de un efecto de acumulación o adición, como ocurre en los casos en que contribuye a adelantarlos temporalmente, aunque sea de un momento insignificante.

Esos casos que son conocidos como “responsabilidad por el producto” han implicado, al interior de la dogmática jurídico-penal, una flexibilización de las reglas de la prueba de la causalidad. Es decir, la sustitución de una causalidad determinista por una de naturaleza probabilista. En realidad, en estos casos la teoría de la imputación objetiva no jugó un rol determinante, puesto que el eje de la discusión giraba en torno a la prueba de la causalidad y no a los criterios normativos limitadores de la misma.

Ahora bien, dado que la comprensión a través de la imputación como la explicación causal constituyen dos modos diversos de entender un fenómeno que en el ámbito de las ciencias sociales y, del derecho penal en particular, encuentran relacionados a la hora de comprender un suceso. La flexibilización de los requisitos en torno a la determinación de la causalidad impacta en la atribución de responsabilidad.

1.5. ¿Nuevos modelos de imputación?

En la actualidad, también el modelo comprensivo de la imputación en tanto juicio comprensivo se ve modificado. Ello se produce a través de diversos mecanismos que, en definitiva, impactan en la consideración del destinatario del juicio de atribución a un sujeto, en tanto *causa libera*, es decir como libertad originante.

administradores y el jefe de la sección química. En ella se decidió por unanimidad tomar nota de los avisos de alarma, pero no se adoptó ninguna iniciativa ulterior. La resolución fue posteriormente aceptada por otros dos directivos que no asistieron a la reunión. Posteriormente aparecieron otros daños para la salud.

³⁷BGHSt 2-8-1995: en este caso se trataba de un producto protector de maderas que contenía una sustancia denominada TPC y otra llamada Lindano las personas que vivían en hogares donde se había utilizado este producto tenían, entre otros síntomas, molestias en la garganta y los oídos, dolores de cabeza, alteraciones en el color de la piel, etc. Estos síntomas eran particularmente agudos en niños que habían vivido desde su nacimiento en casas en las que se utilizó dicho producto. En todos los casos en cuanto las personas se alejaban de su domicilio experimentaban una mejoría inmediata. Los acusados, dos altos dirigentes de la empresa fabricante, estaban plenamente convencidos que estas lesiones no tenían nada que ver con su producto.

En primer lugar, se produce a través de la sustitución de la persona humana, cómo única susceptible de ser destinataria de reproche penal. A partir de los últimos años, en los diversos ordenamientos jurídicos penales se han desarrollado figuras delictivas cuyo autor es la persona jurídica. La admisión de esta clase de figuras se da especialmente en ámbitos en los cuales resulta sumamente complejo establecer un juicio de imputación, en términos clásicos, entre una persona física y el resultado producido (v. gr. En el ámbito de los delitos económicos o ambientales).

En segundo lugar, la imputación se ve modificada en sus reglas allí donde no sea posible establecer una relación lógica entre el sujeto y el suceso, dando lugar a un juicio de carácter extraordinario, a través de reglas de carácter adversativo, para fundamentar la responsabilidad. El suceso será atribuido al agente no en razón de la infracción de una deber sino porque el sujeto obra en contra de lo que le incumbía. Las “incumbencias” (*Obliegenheiten*) se presentan de esta manera, como fuentes de pautas de comportamientos que no llegan a ser reglas de actuar pero las posibilitan. Este tipo de juicios de imputación aparece en los tipos delictivos imprudente y de figuras que combinan imprudencia con la comisión por omisión.

1.6. Resumen.

- Desde la década del setenta del siglo pasado se han desarrollado en el ámbito de la dogmática jurídico-penal modelos explicativos denominados “teoría de la imputación objetiva”. Su aceptación no ha sido unánime sino que ha generado detractores.
- La “sociedad del riesgo” designa un estadio de la modernidad, en el que se produce una generalización de nuevos riesgos, ligados al desarrollo. Dichos riesgos son de difícil anticipación y reclaman el dominio de nuevas capacidades técnicas.
- La difícil precisión de los riesgos, tanto en cuanto a su acaecimiento como a sus efectos conlleva la de atribuir responsabilidad. Además de la existencia objetiva de nuevos riesgos, existe un sentimiento generalizado de inseguridad derivado de la falta de predicción de los resultados esperables de un fenómeno.
- Esta característica reclama nuevas reglas en torno a la distribución de riesgos que no se compatibilizan con los criterios de imputación penal.

- Consecuencia de este fenómeno, en el derecho penal actual se visualiza un retroceso de los espacios de riesgo permitido y, consiguientemente, de una reducción de las esferas de libertad. Esto tiene como consecuencia que actividades antes consideradas lícitas, ahora sean objeto de tutela penal. Esta reducción se visualiza además, en una anticipación en la tutela penal a través de la proliferación de las figuras de peligro.
- En el ámbito de la atribución de responsabilidad se ha producido una flexibilización de la prueba de la causalidad, arrojando como consecuencia la afirmación de la relación entre la conducta típica y el resultado en casos en que, conforme a la causalidad natural, dicha relación no sería posible de establecer.
- También se ha producido una modificación de las reglas clásicas de imputación penal a través de la consideración de la persona jurídica como sujeto susceptible de ser imputado y de la ampliación de los casos de imputación extraordinaria, no basadas en la infracción de un deber sino en la violación de incumbencias.

2. Planteamientos posibles: definición de los objetivos generales.

Ante esta situación que resulta insatisfactoria es factible preguntarnos: ¿qué modificaciones ha producido la sociedad del riesgo a la teoría de la imputación?; ¿qué entienden por imputación?; ¿cuáles han sido los presupuestos de atribución de responsabilidad que han sido modificados a partir de la aparición de los “nuevos riesgos”?; ¿de qué concepto de ‘riesgo’ hace uso la teoría de la imputación objetiva del resultado?; ¿qué se entiende por “riesgo permitido”?; ¿cuál es el rol de la causalidad en la teoría de la imputación objetiva?, ¿qué concepto de causalidad utiliza la teoría de la imputación objetiva?, ¿cuáles son los presupuestos de la imputación objetiva?; ¿cuáles son las semejanzas y diferencias entre los diferentes modelos de imputación objetiva?; ¿cuál es el grado de aplicabilidad de la causalidad natural (*conditio sine qua non*)?; ¿Cómo ha evolucionado el concepto de causalidad?; ¿Qué variaciones del concepto de causalidad se han producido al interior de la dogmática jurídico-penal?; ¿Qué modificaciones ha tenido la teoría de la imputación objetiva en el contexto de la sociedad del riesgo?

Estas son algunas de las posibles preguntas que se pueden extraer de la situación problemática. Sin embargo, de este gran universo de preguntas planteadas –el cual no cabe abarcar en este trabajo dada su inmensa amplitud- abordaremos aquí un recorte pertinente de

cuestiones, las cuales constituyen el objetivo general de nuestra tesis, y que pueden enunciarse de la siguiente manera:

- ¿Qué se entiende por “imputación” en derecho penal?
- ¿Cuáles criterios de los modelos de imputación objetiva de Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs constituyen juicios de imputación (adscripción)?

La presente investigación es de orden conceptual, puesto que tiene por objetivo determinar el sentido y alcance del concepto seleccionado. La determinación de los objetivos obedece, consecuentemente, a una toma de posicionamiento de índole epistemológica, que reconoce los problemas filosóficos que versan en buena medida acerca del uso correcto de ciertas expresiones lingüísticas. Por lo tanto, establecer el concepto de “imputación” implica, a la vez, resolver los problemas que se pudiesen generar mediante la utilización de un concepto ambiguo.

La selección de la primera pregunta general se debió a que en el proceso de investigación se visualizó que no era factible hacer un estudio comparativo de los diversos modelos de imputación objetiva, sin previamente determinar el concepto de imputación. En primer lugar resultaba necesario determinar si las unidades de análisis, cuando utilizan el concepto de “imputación”, hacen referencia al mismo fenómeno o, por el contrario, dicho concepto tiene connotaciones diversas. Esta situación derivó en la modificación parcial de la hipótesis y, consecuencia de ello, en un estudio del concepto de imputación tanto en el ámbito de la filosofía como en el de la dogmática jurídico-penal. El “concepto de imputación” se constituye así en un observador complejo, cumpliendo la función de un tipo ideal, en términos de Max Weber³⁸, a través del cual se analizarán los diversos modelos teóricos que constituyen las unidades informantes.

³⁸Max WEBER es el creador de esta construcción metodológica dirigida a dar cuenta de las relaciones causales de los fenómenos históricos. Como su nombre lo indica, se trata de una tipología que resulta de una construcción intelectual, por ello ideal. La crea el investigador a partir de lo que considera significativo para analizar y explicar el objeto de estudio. Según M. WEBER: “Este cuadro conceptual reúne determinados procesos y relaciones de la vida histórica en un cosmos, carente en sí de contradicciones, de conexiones conceptuales. En cuanto a su contenido, esta construcción presenta el carácter de una utopía, obtenida mediante el realce conceptual de ciertos elementos de la realidad (...) Se los obtiene mediante el realce unilateral de uno o varios puntos de vista y la Reunión de una multitud de fenómenos singulares, difusos y discretos, que se presentan en mayor medida en unas partes que en otras o que aparecen de manera esporádica, fenómenos que encajan en aquellos puntos de vista, escogidos unilateralmente, en un cuadro en sí unitario. Este, en su pureza conceptual, es inhallable empíricamente en la realidad: es una utopía que plantea a la labor historiográfica la tarea de

Una vez respondida esta primera pregunta, es decir, cuando hayamos precisado aquello que es objeto de imputación para el derecho penal, proseguiremos en la determinación del objeto de análisis, limitándolo a aquello forma parte de la imputación objetiva, comparando las unidades informantes seleccionadas. Respecto de esta segunda pregunta general es necesario hacer dos aclaraciones. En primer lugar, se trata de una pregunta de naturaleza comparativa: la investigación desarrollada en el presente informe de tesis se limita a establecer las “semejanzas y diferencias” entre los respectivos modelos de análisis. Por lo tanto, no es objeto de esta investigación hacer ningún tipo de diagnóstico sobre las teorías analizadas. En segundo lugar, existen múltiples modelos cuyas semejanzas y diferencias entre sí poseen diversos matices, pero no haremos una comparación de todas las teorías de la imputación objetiva existentes. Solamente analizaremos los modelos de imputación objetiva propuestos por Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs. El criterio de selección de las unidades informantes obedece a que las teorías seleccionadas se encuentran entre las más divulgadas, tanto en el ámbito de la dogmática jurídico-penal alemana como en lo que respecta a Iberoamérica.

3. Planteamiento de la hipótesis.

Las hipótesis que se plantean en el marco de la presente tesis son las siguientes:

- 1) En derecho penal hay dos conceptos diferentes de imputación. El primero considera la imputación como la totalidad del delito. Para esta postura la imputación objetiva es sólo un ámbito parcial de un concepto más amplio. Según el segundo concepto de imputación, ésta se limita a la relación entre la conducta desaprobada y el resultado producido (imputación objetiva).
- 2) En la imputación objetiva: “la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” y “el ámbito de protección de la norma” no constituyen ningún juicio de imputación

comprobar, en cada caso singular, en qué medida la realidad se acerca o se aleja de este cuadro ideal. Los tipos ideales no son verdaderos ni falsos, son útiles o inútiles para la interpretación de un fenómeno histórico, el criterio de utilidad es uno sólo, ‘el de su éxito para el conocimiento de fenómenos culturales concretos en su conexión, su condicionamiento causal, su significación’. WEBER, Max: *Ensayos sobre Metodología y Sociología*, traducción de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, p. 79; El método consistente en la construcción de tipos investiga y expone todas las conexiones de sentido irracionales, afectivamente condicionadas del comportamiento que influyen en la acción, como “desviaciones” de un desarrollo de la misma “construido” como puramente racional con motivo a fines. WEBER, Max: *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (1922), traducción de José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 7.

(adscripción), dado que la imputación es, desde el punto de vista lógico, un juicio *ex post*.

4. Finalidad o impacto.

La finalidad primaria de la presente investigación consiste en determinar la racionalidad que lleva a fundamentar el juicio de imputación. La presente tesis, como hemos hecho alusión con anterioridad, tiene una finalidad estrictamente conceptual. Despejar las ambigüedades en torno a qué se entiende por “imputación” (*imputatio, Zurechnung*) permitirá una mejor comprensión de la problemática actual. Puesto que en la actualidad es objeto de debate la atribución de responsabilidad jurídico penal a personas de corta edad o a personas que poseen otros defectos de imputabilidad. No podemos obviar que en el marco de la configuración actual de la sociedad aparece el debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para poder afirmar que las reglas de imputación se han visto modificadas o tomar posición al respecto, es necesario precisar en primer lugar los conceptos implicados.

Además, establecer cuáles son los juicios de imputación dentro de la llamada “teoría de la imputación objetiva” coadyuvará a dotar al análisis sistemático de la teoría del delito de una mayor racionalidad en el orden conceptual dado que, conforme a la hipótesis planteada, algunos autores que constituyen unidades de análisis incluyen, bajo el concepto de imputación, actividades que no tienen contenido adscriptivo sino que pertenecen al lenguaje prescriptivo.

5. Organización de la tesis.

La presente tesis se encuentra estructurada en cinco partes. La primera parte consta de la Introducción (Capítulo I) y el Capítulo II que tiene por finalidad determinar el concepto de imputación y explicitar nuestra toma de posicionamiento epistemológico en lo que respecta a cómo construyen las ciencias sociales, en nuestro caso el derecho, los conceptos que constituyen su objeto. Luego, en la segunda parte, nos adentraremos al estudio del concepto de imputación desarrollado por la filosofía idealista alemana, en particular de los autores Immanuel Kant (Capítulo I) y Georg Wilhelm Friedrich Hegel (Capítulo II). La selección de dichas teorías se debe a que han sido las teorías filosóficas que han tenido mayor trascendencia en el ámbito jurídico-penal. En los dos últimos capítulos de la primera parte abordaremos dos modelos de imputación total que se han desarrollado durante el siglo XX en

la dogmática jurídico-penal. En primer lugar analizaremos el modelo de Werner Hardwig (Capítulo III) y luego el de Joachim Hruschka (Capítulo IV). La tercera parte se centra en el estudio del concepto limitado de imputación, compuesto por las teorías de la imputación objetiva. Esta parte se compone de cinco capítulos. En el primero de ellos analizaremos el concepto de imputación objetiva (re)introducido en la dogmática jurídico-penal por Richard Honig. En los tres capítulos siguientes analizaremos las teorías de los autores que componen nuestras unidades de análisis a saber: Claus Roxin (Capítulo II), Wolfgang Frisch (Capítulo III) y Günther Jakobs (Capítulo IV). En el capítulo final (Capítulo V) de esta parte analizaremos de manera sintética las críticas que han recibido las doctrinas de la imputación desde las posturas finalistas. La cuarta parte consta de dos capítulos que se centrarán en un análisis comparativo de las teorías de la imputación objetiva desarrolladas por nuestras unidades informantes, en función de la distinción entre la perspectiva *ex ante* (Capítulo I) y la perspectiva *ex post* (Capítulo II). La última parte (V) consta de un capítulo dedicado a la sistematización de las conclusiones a las que hemos llegado.

CAPÍTULO II: El concepto de imputación.

1. Introducción.

El presente capítulo tiene como objetivo determinar qué se entiende por imputación. Establecer este concepto constituye el primer paso en la determinación del objeto de estudio, cuya ulterior precisión, específicamente su utilización en el ámbito del derecho penal, será realizada en los capítulos subsiguientes.

Determinar el concepto de imputación, desde la perspectiva epistemológica por nosotros escogida, implica reconocer que los problemas filosóficos versan sobre la incorrecta utilización de expresiones lingüísticas. Despejar al concepto de toda ambigüedad constituye el paso inicial de toda discusión racional. Ya desde el famoso diálogo socrático reproducido por Platón en el *Laques*³⁹, Sócrates nos enseña la centralidad de la conceptualización en el proceso dialéctico. Es preciso arribar a conceptos simples en el análisis de un problema complejo. Por lo tanto, el primer objetivo que debemos plantearnos es responder a la pregunta: “¿qué se entiende por...?”

A la vez compartimos posturas filosóficas desarrolladas en el ámbito de la sociología del lenguaje que postulan que los conceptos que utilizamos establecen la forma de la experiencia que tenemos del mundo, en términos de Peter Winch⁴⁰:

“... cuando hablamos del mundo estamos hablando de lo que en realidad entendemos por la expresión ‘el mundo’: es imposible dejar de lado los conceptos con los cuales pensamos acerca del mundo (...) El mundo es para nosotros lo que se manifiesta a través de esos conceptos. Esto no significa que nuestros conceptos puedan cambiar; pero cuando lo hacen, nuestro concepto del mundo también cambia”⁴¹.

Los conceptos que utilizamos en la vida cotidiana configuran nuestra realidad o, dicho en otros términos, la idea que tenemos de aquello que pertenece al ámbito de la realidad nos es dada en los conceptos que utilizamos.

³⁹Véase, PLATÓN: “Laques” en “Platón, obras completas”, tomo 1, Madrid, ediciones de Patricio Azcárate, 1871.

⁴⁰Peter WINCH (1926-1997) fue un filósofo británico perteneciente a la escuela analítica. Estuvo influenciado por el WITTGENSTEIN tardío. Él ha trabajado particularmente sobre los fundamentos de las ciencias sociales y su científicidad a partir de las implicaciones del análisis lingüístico a partir de las aportaciones de Ludwig WITTGENSTEIN: *The Idea of Social Science and its relation to Philosophy*.

⁴¹WINCH, Peter: *Ciencia social y filosofía* (1958), traducción de María Rosa Viganó de Bonacalza, Buenos Aires, Amorrortu, 1990, p. 21.

2. **Ámbito de aplicación del concepto de imputación.**

Según el diccionario de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición define al término “imputación” como “la acción y efecto de imputar” y, en su segunda acepción, dicho término hace alusión a la cosa imputada. Según el mismo diccionario, imputar refiere a la acción de atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable. El término seleccionado por la RAE identifica a la acción de imputar con la atribución de un hecho a un sujeto título de reproche. Este término, como veremos más adelante, resulta insuficiente para determinar nuestro objeto de análisis, puesto que identifica a la imputación sólo con una de las modalidades de adscripción de conductas, a saber, aquella que se atribuye a título de demérito.

No es nuestra finalidad realizar un estudio semántico del término analizado sino que intentaremos abordarlo desde una perspectiva más amplia. Una primera delimitación conceptual podemos realizarla circunscribiendo aquellos ámbitos en los cuales se hace uso del concepto “imputación” (del latín *imputatio*; o su equivalente en alemán: *Zurechnung*) o bien del respectivo verbo imputar (*imputare*; *zurechnen*). Para establecer el ámbito de aplicación del concepto analizado podemos recurrir a un ejemplo, como es el caso en que debido a una tormenta un árbol se ha derribado produciendo grandes destrozos en el techo de un inmueble. Si tuviéramos que dar cuenta del fenómeno, narrándolo a terceros, optaríamos por explicarlo en términos causales, esto es que la tormenta ha causado la caída del árbol y, consecuencia de ello, los respectivos daños. No se nos ocurría describir el hecho como obra de la tormenta.

En términos de la gramática, en las leguas de origen latino así como también en las lenguas sajonas, las cosas constituyen el complemento de objeto directo de una frase. Así, en toda oración existe un agente como sujeto gramatical que realiza una acción que recae sobre el objeto (COD). Cuando queremos hacer actuar a estos objetos recurrimos a la estructura pasiva. La voz pasiva permite explicar un fenómeno en el cual el sujeto agente queda relegado a segundo plano, como requisito no necesario de la estructura gramatical, mientras que la acción ejecutada por el verbo es desempeñada por un complemento agente y no por el sujeto agente del verbo en la voz activa. Esto se debe a una eliminación del modo de comprensión animista del mundo. Al menos en la cultura moderna occidental, los fenómenos producidos por la naturaleza los explicamos en términos causales, pero no adscribimos las consecuencias

producidas al fenómeno natural, llámese tormenta, rayo, sequía, etc., como su obra. Este modo de comprensión tampoco lo utilizamos para dar cuentas de un hecho producido por un animal. Así, ante la mordedura de un perro, no recurrimos a la imputación. Ante esta clase de ejemplos también lo explicamos en términos causales y si, en última instancia, recurrimos al concepto de imputación, es a través de la atribución del hecho al dueño, por haber omitido los deberes de cuidado necesarios, pero no al animal como destinatario final del juicio de imputación. Por lo tanto, el concepto de imputación queda reservado al ámbito de conductas humanas.

Estos ejemplos nos sirven para circunscribir el ámbito de aplicación del concepto de imputación y, al mismo tiempo, para diferenciarlo del concepto de “causación” (*Verursachung*). Causación e imputación no son idénticas la una a la otra, puesto que éste último concepto tiene un ámbito de aplicación mucho más limitado, reservado sólo a la esfera de las conductas humanas⁴². Acto seguido procederemos a diferenciar estos dos modos de atribuir responsabilidad, puesto que la diferenciación coadyuvará a la delimitación del objeto de la imputación.

3. La imputación y la causalidad: dos modos de entender fenómenos.

La atribución de un hecho a un sujeto como su obra, es decir, la imputación, es anterior a la explicación del fenómeno en términos causales. Aun antes de que la ley causal fuese utilizada, ya se imputaban hechos a las personas como sus obras. Tanto actos objeto de alabanza eran recompensados, como sancionados los actos objeto de reproche, y para ello no se requería establecer la relación entre la causa y el efecto. La explicación de los fenómenos en términos causales se dio en una etapa posterior del desarrollo del pensamiento.

A partir del positivismo, mediante el monismo metodológico, se impuso en el ámbito de las ciencias sociales en general, y en la dogmática jurídico-penal en particular, la explicación (*Erklärung*) de los fenómenos en términos causales. Sin embargo, las relaciones entre el principio de imputación y el principio de la causalidad no han sido del todo claras, siendo, en determinados momentos históricos, dominante alguno de ellos. Así como en el marco de una concepción del mundo religioso-metafísico la conexión causal es producida por la voluntad divina, también las leyes naturales describen normas que expresan la voluntad divina, normas

⁴²HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1. Auflage, Hamburg, Gruyter & Co. Verlag, 1957, p. 5.

que prescriben a la naturaleza un determinado comportamiento⁴³, en una concepción del mundo dominada por la ley de la causalidad, también las relaciones sociales serán explicadas a través de la relación de causa a efecto. En este sentido Silva Sánchez sostiene que:

“... la imputación (normativa) y la explicación (empírica) definen espacios que se excluyen recíprocamente. Esto quiere decir que la imputación, la búsqueda y atribución de sentido sólo tienen lugar respecto de aquellos fenómenos para los cuales no se ha alcanzado una explicación empírica completa. En efecto, si algo no se puede explicar (atribuírselo a la naturaleza) de modo pleno, entonces es preciso imputárselo a alguien, ya sea a la sociedad en su conjunto, ya a algún agente individual concreto. Pues, ya no puede ser explicado empíricamente por completo, el hecho habrá de ser insertado en un contexto hermenéutico (y éste lo proporciona la imputación). La historia de la humanidad es, entonces, en cierta medida, la historia del intento de reducción de los espacios de imputación a favor de las explicaciones (y soluciones) causales: la historia de la reducción de lo mítico”⁴⁴.

El principio de imputación era el modo que utilizaban las sociedades primitivas para comprender el mundo. No sólo recurrían a este modo de comprensión para explicar sus relaciones sociales, sino que el modo en que concebían dichas relaciones servía para explicar los fenómenos naturales⁴⁵ constituyendo una interpretación socio-normativa de la naturaleza.

Hans Kelsen ilustra este fenómeno de la siguiente manera:

“Las normas más antiguas de la humanidad son probablemente, aquellas que tratan de poner coto a los instintos sexuales y de agresión. El incesto y el homicidio son, por cierto, los delitos más antiguos, y el exilio (esto es la exclusión del grupo) y la venganza de sangre, las más antiguas sanciones organizadas. Ellas reposan en una regla que domina toda la vida social de los primitivos: la regla de la retribución. Abarca tanto las penas como los premios. Puede acaso formularse de esta manera: si te comportas correctamente, deberás ser premiado (es decir, deberá otorgársete algo bueno); si actúas mal, deberás ser castigado (es decir, se te infligirá algo malo). En esta regla fundamental, la condición y la consecuencia no están enlazadas según el principio de la causalidad, sino según el de la imputación. En la medida en que aparece en la consciencia de los primitivos una necesidad de explicar los fenómenos, la explicación se cumple según el principio de imputación. Cuando un acontecimiento es percibido como malo, es interpretado como un castigo por un mal comportamiento, por una ilicitud; cuando es percibido como beneficioso, es interpretado como recompensa por una buena conducta. En otros términos: las desgracias, es decir, los acontecimientos perjudiciales como una mala cosecha, una caza infructuosa, la derrota en la guerra la enfermedad, la muerte, son imputadas (atribuidas) como castigos,

⁴³KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*, 2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960 p. 80.

⁴⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010, pp. 43-44.

⁴⁵KELSEN, Hans: RRL, p. 86.

al comportamiento contrario a las normas de los miembros del grupo; mientras que los acontecimientos beneficiosos, como una buena cosecha, una caza satisfactoria, el triunfo en la guerra, la salud, la longevidad, son atribuidas, como premios, al comportamiento conforme a la norma de los miembros del grupo. Cuando se produce un hecho por cuya explicación la consciencia del primitivo se inquieta, éste no se pregunta por la causa del hecho, sino que se preguntará acerca de quién es responsable del hecho. Se trata de una interpretación normativa de la naturaleza, no de una causal⁴⁶.

Este modo de interpretar tanto las relaciones entre personas como las que se dan entre éstas y el mundo de la naturaleza, se conoce como “visión animista” de los primitivos, visión que reconoce que las cosas se comportan de manera semejante a los hombres y, por ende, son sujetos imputables. El pensamiento causal no forma parte de su modo de comprender el mundo. Kelsen en *Sociedad y Naturaleza* afirma:

“La idea que los eventos están determinados por la ley de la naturaleza, el concepto del principio de causalidad (...) está totalmente más allá del alcance del hombre primitivo. Se puede hablar de “pensamiento causal” sólo si la regularidad percibida en toda sucesión de eventos es también considerada necesaria. Pero precisamente esta cadena regular de eventos, por la cual el comportamiento del hombre primitivo es actualmente guiado y de la cual él depende en sus acciones y omisiones, no le da ninguna causa para la reflexión: como un chico, él acepta la cadena de eventos sin pensar sobre ella⁴⁷.”

En esta visión primitiva no existe una separación entre naturaleza y sociedad: ambas conforman un todo, tanto el hombre como la naturaleza configuran el mundo. Los fenómenos

⁴⁶Die ältesten Normen der Menschheit sind wahrscheinlich jene, die auf eine Einschränkung des Sexual- und des Aggressionstriebes zielen. Inzest und Mord sind wohl die ältesten Verbrechen und Friedloslegung (das ist Ausschluß aus der Gruppe) und Blutrache die ältesten gesellschaftlich organisierten Sanktionen. Ihnen liegt eine Regel zugrunde, die das ganze gesellschaftliche Leben der Primitiven beherrscht, die Regel der Vergeltung. Sie begreift Strafe sowohl als Lohn. Sie kann etwa in der Weise formuliert werden: Wenn du dich recht verhältst, sollst du belohnt, das heißt: soll dir etwas Böses zuteil werden. In dieser Grundregel sind Bedingung und Folge miteinander nicht nach dem Grundsatz der Kausalität, sondern nach dem Zurechnung verknüpft. Soweit im Bewußtsein des Primitiven überhaupt ein Bedürfnis nach Erklärung der Phänomene besteht, erfolgt diese nach dem Grundsatz der Vergeltung. Wenn ein Ereignis als Übel empfunden wird, wird es als Strafe für ein schlechtes Verhalten, ein Unrecht, wenn es als Wohltat empfunden wird, als Belohnung für ein gutes Verhalten gedeutet. Mit anderen Worten: Unglück, das heißt nachteilige Ereignisse, wie schlechte Ernte erfolglose Jagd Niederlage im Krieg, Krankheit, Tod, werden, als Strafe, dem normwidrigen Verhalten der Mitglieder der Gruppe vorteilhafte Ereignisse, wie gute Ernte, erfolgreiche Jagd, Sieg im Krieg, Gesundheit, langes Leben, werden, als Belohnung, dem normgemäßen Verhalten der Mitglieder der Gruppe zugerechnet. Wenn ein Ereignis eintritt, das im Bewußtsein des Primitiven Erklärung heischt – und das ist nur ein Ereignis, das seine Interessen unmittelbar berührt –, fragt dieser nicht: was ist die Ursache davon, sondern wer ist verantwortlich dafür? Es ist nicht eine kausale, es ist eine normative Deutung der Natur. KELSEN, Hans: RRL, pp. 86-87.

⁴⁷The idea that events are determined by laws of nature, the concept of the principle of causality (...) is entirely beyond the grasp of primitive man. One can speak of "causal thinking" only if the regularity perceived in any succession of events is also considered necessary. But precisely this regular chain of events, by which primitive man's behavior actually is guided and upon which he relies in his actions and omissions, gives him no cause for meditation: like a child, he accepts the chain of events without thinking about it. KELSEN, Hans: *Society and Nature. A sociological Inquiry*, London, Chicago University Press, 1943, p. 3.

de la naturaleza son interpretados en este contexto como premios o castigos de estos seres dotados de almas. El principio retributivo es la respuesta natural al orden quebrantado. Todo suceso favorable es tomado como un premio por una buena conducta, y todo mal como imputable a una culpa⁴⁸.

En este punto en particular resulta interesante el paralelismo que traza Sancinetti entre el pensamiento del hombre primitivo que no distingue entre “leyes causales” y “leyes sociales” (normativas), por un lado, y el disvalor de resultado como legítimamente imputable al autor en el pensamiento moderno, por otro. Este autor sugiere que la palabra αἰτία significaba al mismo tiempo la palabra causa y culpa. Siguiendo estos significados, la causa era “responsable” del efecto. Esta idea está oculta en la actual teoría de la imputación objetiva: la idea según la cual la atribución de un resultado a la acción ya implica una culpa⁴⁹.

Llegado a determinado grado de desarrollo surge la causalidad como modo de explicación de fenómenos, al respecto Kelsen sostiene:

“El paso decisivo de una interpretación normativa a una interpretación causal de la naturaleza, del principio de imputación al principio de causalidad, reside en que el hombre adquiere consciencia de que las relaciones entre las cosas, a diferencia de las relaciones entre hombres, son independientes de una voluntad humana, o sobrehumana, o, lo que es equivalente, de que no están determinadas por normas. El comportamiento de las cosas no está prescripto o autorizado por autoridad alguna”⁵⁰.

La existencia de una dualidad entre un orden causal y un orden normativo, sólo es posible a partir de la emancipación del hombre respecto de las cosas, de un desencantamiento del mundo como obra del proyecto moderno. Proceso de emancipación que duró varios siglos y cuya culminación marca el nacimiento de la modernidad. La separación entre mundo natural y mundo social no sólo implicó el nacimiento del humanismo sino también el nacimiento conjunto de la “no humanidad”, constituido por las cosas, los objetos, los animales y el Dios

⁴⁸SANCINETTI, Marcelo A.: *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p.124.

⁴⁹SANCINETTI, Marcelo A.: Ob. Cit., pp.127-128.

⁵⁰Der entscheidene Schritt in diesem Übergang von einer normativen zu einer kausalen Deutung der Natur, vom Prinzip der Zurechnung zum Prinzip der Kausalität, besteht darin, daß sich der Mensch bewußt wird, daß die Beziehungen zwischen der Dingen – zum Unterschied von Beziehungen zwischen den Menschen – unabhängig von einem menschlichen oder übermenschlichen Willen oder, was auf dasselbe hinausläuft, nicht von Normen bestimmt sind; daß das Verhalten von Dingen nicht von irgendeiner Autorität vorgeschrieben oder gestattet ist. Kelsen, Hans: RRL, p. 89.

tachado, fuera de juego⁵¹. A partir de esta división es posible instituir un orden natural, regido por la ley de la causalidad, y un orden social, regido por el principio de imputación.

El proyecto moderno presupuso un progreso ilimitado mediante el avance tecnológico que requería de la cognoscibilidad y explorabilidad del mundo. Por tanto, para organizar y racionalizar el cambio social, primero era necesario estudiarlo y comprender las reglas que lo gobiernan⁵². Desde esta perspectiva al conocimiento del mundo se accedía mediante la explicación de los fenómenos en términos de leyes naturales universales. De este modo, también las relaciones de los hombres entre sí y de éstos con el mundo deben ser explicadas a través de leyes universales, y las disciplinas que en consecuencia se desarrollen para explicar los fenómenos sociales se constituirán en ciencias nomotéticas o positivas⁵³. El proyecto positivista se extendió a todas las ciencias sociales, no siendo ajena la dogmática jurídico-penal a este fenómeno. Esta filosofía consistía en estatuir al principio de causalidad como instrumento idóneo para comprender el mundo. Bajo este influjo de ideas, todas las ciencias sociales se constituyen como disciplinas “nomotéticas”, intentando establecer leyes universales que explicaran el objeto investigado⁵⁴. La dogmática jurídico-penal surge como disciplina científica bajo el influjo de ideas positivistas, constituyendo a la relación causal (en términos de *conditio sine qua non*) como la columna vertebral de su concepto de delito y siendo abandonado en la estructura analítica del delito el concepto de imputación, que había sido utilizado por las doctrinas pre-científicas en materia penal (las llamadas *Zurechnungslehre*).

El quiebre del pensamiento positivista se produjo mediante el abandono del monismo metodológico producido por la irrupción del neokantismo en las ciencias sociales (*Geisteswissenschaften*), hecho que se produjo mediante la distinción en cuanto al método entre la explicación (*Erklärung*) propia de las ciencias naturales y las ciencias sociales basadas en

⁵¹LATOUR, Bruno: *Nunca fuimos modernos. Ensayo de antropología simétrica* (1991), traducción de Víctor Goldstein, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 33.

⁵²WALLERSTEIN, Immanuel (coord.): *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales* (1996), Ciudad de México, Siglo XXI, 2006, p. 11.

⁵³Si se intentaba organizar un nuevo orden social sobre una base estable, cuanto más exacta (o “positiva”) fuese la ciencia tanto mejor sería lo demás. Esto era lo que tenían presente muchos de los que empezaron a echar las bases de la ciencia social moderna en la primera mitad del siglo XIX, especialmente en Gran Bretaña y Francia, cuando se volvieron hacia la física newtoniana como modelo a seguir. WALLERSTEIN, Immanuel: Ob. Cit. p. 11.

⁵⁴La no diferencia esencial entre las leyes de la naturaleza y las leyes sociales existe tan pronto como la ley natural renuncia a sí misma a su pretensión de absoluta necesidad y se satisface con ser una aserción en términos estadísticos. KELSEN, Hans: *Society and Nature*, p. 266.

la comprensión (*Verstehen*). Solamente mediante un punto de vista comprensivo se reintroduce el concepto de imputación en el derecho, y ello sucede a través de autores como Larenz o Honig, quienes desde sus respectivas disciplinas jurídicas reintroducen el concepto de imputación aunque con diferente contenido al que había tenido en los autores idealistas.

La explicación de los fenómenos en términos causales no ha sido dejada de lado en el ámbito de las ciencias sociales. Pese a los esfuerzos por tratar de evitar ese modo de entender los fenómenos, el hecho de que los sujetos mediante el sentido común den cuenta de fenómenos – no sólo naturales – en términos causales, condiciona toda comprensión que se pudiese hacer de un hecho. La causalidad sigue estando presente, en el ámbito de la atribución de responsabilidad, fijando el límite máximo dentro del cual juegan los criterios de imputación.

En lo que respecta al principio de imputación, desde la eliminación del modo de explicación animista del mundo, el mismo ha quedado reservado a actividades humanas, vinculado al concepto de libertad y al de persona en derecho. Sin embargo, algunos resabios de aquel modo de pensamiento siguen aún vigentes especialmente en la relevancia que se le otorga en el derecho penal al del disvalor de resultado.

4. La imputación como seguimiento de la norma: un modo comprensivo.

Cuando observamos la conducta de terceros no la describimos en términos causales sino que, ante un determinado suceso (sea un movimiento corporal o un sonido), le imputamos una determinada acción, o sea lo ‘comprendemos’. Así, v.gr. para describir la conducta de un monje no recurrimos a la explicación causal. Sus movimientos consistentes en arrodillarse y permanecer inmóvil los comprendemos en el contexto de la vida monacal. Pero, ¿por qué atribuimos (imputamos) al monje arrodillado e inmóvil la acción de orar? Se debe a que las prácticas humanas están amparadas en expectativas normativas; encarnan ideas sobre qué es aquello a lo que uno tiene derecho a esperar del otro⁵⁵. Comprender las acciones de otros presupone que somos sujetos seguidores de normas. Las instituciones encarnan ideas y, al mismo tiempo están constituidas por las relaciones sociales y sus reglas. Volviendo al ejemplo anterior, para comprender la conducta de los monjes es necesario tener en cuenta la

⁵⁵Al mismo tiempo se ven reforzadas por el sentimiento de culpa y de vergüenza ante el reproche por no estar a su altura. HOLLIS, Martin: *Filosofía de las Ciencias Sociales*, traducción de Ana Lizón, Barcelona, Ariel, 1998, p. 160.

vida cotidiana del monasterio como expresión de las reglas que otorgan significado a sus conductas⁵⁶.

Cuando consideramos que el imputar conductas presupone el seguimiento de una regla, seguimos a Peter Winch, filósofo que conectó el trabajo de la filosofía lingüística con la noción de *Verstehen* y el concepto de “comportamiento significativo”, que habían sido fundamentales en la tradición weberiana de la sociología interpretativa⁵⁷. Winch sostiene que las diferencias existentes entre las ciencias sociales y las ciencias naturales se fundan en la naturaleza significativa de los fenómenos sociales. El científico social tiene que tratar con significaciones y, si no lo hace, si trata a los hechos sociales como cosas, objetos y procesos cualesquiera, no percibirá su naturaleza social. Este autor afirma que las relaciones sociales existentes entre los hombres y las ideas que materializan las acciones de los hombres son realmente la misma cosa consideradas desde diversos puntos de vista. Las relaciones sociales entre los hombres sólo existen en sus ideas y a través de ellas. Lenguaje, ideas y conceptos no pueden separarse nítidamente de las relaciones sociales; son constitutivas de estas relaciones⁵⁸. Por lo tanto, los cambios fundamentales de los conceptos, las ideas y el lenguaje utilizado por los hombres implican necesariamente cambios fundamentales en las relaciones sociales⁵⁹.

Winch retoma el concepto wittgensteiniano de las “formas de vida”⁶⁰ y afirma que las mismas involucran un comportamiento guiado, gobernado por reglas⁶¹. El comportamiento “regido

⁵⁶ Así, los tres nudos en el extremo del cordón que llevan algunos monjes significan los votos de pobreza, castidad y obediencia. Los votos otorgan sentido a los nudos, y las ideas de una realidad espiritual encanada en la orden monástica otorgan sentido a los votos. HOLLIS, Martin: Ob. Cit., p. 172.

⁵⁷ BERNSTEIN, Richard: *La reestructuración de la teoría social y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 90.

⁵⁸ Las relaciones sociales de un hombre con sus semejantes se ven afectadas por sus ideas acerca de la realidad. Pero “afectadas” apenas si es una palabra suficientemente enérgica: las relaciones sociales son expresiones de ideas acerca de la realidad. WINCH, Peter: Ob. Cit., p. 27.

⁵⁹ WINCH, Peter: Ob. Cit., p. 21; BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 94.

⁶⁰ Ludwig WITTGENSTEIN define al lenguaje, entre sus múltiples acepciones, como una “forma de vida”; al respecto sostiene: “imaginar un lenguaje significa imaginar una forma de vida” (19); “¿Dices, pues, que la concordancia de los hombres decide lo que es verdadero y lo que es falso? – Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y los hombres concuerdan en el lenguaje. Ésta no es una concordancia de opiniones, sino una forma de vida”. WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas*, traducción Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Atalaya, 1999, p. 13/ p. 78.

⁶¹ Los diferentes lenguajes humanos, en la medida en que son intertraducibles, pueden considerarse como plasmaciones convencionales diferentes de las mismas reglas subyacentes. El hecho de que en francés pueda hacerse una promesa diciendo “le promets” y que en castellano pueda hacerse diciendo “Yo prometo”, es un asunto de convención. Pero el hecho de que una emisión de un dispositivo de prometer cuente como (bajo condiciones apropiadas) la asunción de una obligación, es un asunto de reglas y no un asunto de convenciones del francés o del castellano. Así como en el ejemplo anterior podemos traducir una partida de ajedrez de un país

por reglas” es esencialmente social⁶². El mismo supone convenciones y acuerdos intersubjetivos. Los sujetos, cuando actúan, lo hacen mediante la aceptación y la observancia de reglas, aunque las mismas permanezcan implícitas. Al respecto aclara:

“El concepto de seguir una regla (...) Sugiere que se han de tener en cuenta no sólo las acciones de la persona cuya conducta como candidato para la categoría de seguidor de reglas está en cuestión, sino también las reacciones de otros individuos ante lo que él hace. Dicho de manera más específica solo en una situación en la que tiene sentido suponer que alguien más puede, en principio, descubrir la regla que estoy siguiendo, es posible decir inteligiblemente que estoy, de algún modo, siguiendo una regla”⁶³.

La idea de estar siguiendo una regla cobra sentido en la medida en que terceros la comprendan y juzguen si la misma se cumple o no correctamente. Por lo tanto, la noción de acatar una regla va unida a la de cometer un error. Al respecto Winch afirma:

“La noción de seguir una regla es lógicamente inseparable de la noción de cometer un error. Si existe la posibilidad de decir que alguien está siguiendo una regla esto significa que se puede preguntar si está haciendo las cosas correctamente o no (...) lo central del concepto de regla es que nos capacita para evaluar lo que se está haciendo.

Un error es una contravención de lo que se ha establecido como correcto y, por lo tanto, debe ser reconocible como tal (...) El hecho de establecer una norma no es una actividad que se pueda adscribir a cualquier individuo completamente aislado de otros, ya que sólo el contacto con éstos últimos posibilita el control de las propias acciones, control inseparable de una pauta establecida”⁶⁴.

Por lo tanto, en todas nuestras conductas aplicamos reglas, toda nuestra conducta, incluido nuestro idioma⁶⁵, sólo se comprende como la observancia cierta de reglas predefinidas. La definición de un suceso –un movimiento corporal, un sonido– como acción, presupone la admisión que el sujeto en dicho suceso está aplicando una regla⁶⁶, aun cuando el agente mismo pueda no ser capaz de enunciar la regla e incluso pueda no ser consciente de que está

a una partida de ajedrez de otro, puesto que comparten las mismas reglas subyacentes, también podemos traducir emisiones de un lenguaje a otro, puesto que comparten las mismas reglas subyacentes. SEARLE, John: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, traducción de Luis M. Valdés Villanueva, Buenos Aires, Planeta, 1994, pp. 48-49.

⁶²BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 94.

⁶³WINCH, Peter: Ob. Cit., p. 34.

⁶⁴WINCH, Peter: Ob. Cit., p. 35.

⁶⁵Hablar un lenguaje es tomar parte de una forma de conducta gobernada por reglas. SEARLE, John: Ob. Cit., p. 50.

⁶⁶HRUSCHKA, Joachim: *Strukturen der Zurechnung*, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1976, pp. 12-13.

actuando conforme a la regla⁶⁷. A su vez, la posibilidad de no seguir la regla, cometer un error, posibilita la valoración o, en su caso, la desvaloración de la conducta errónea.

Puesto que comprendemos las acciones de otros en su tipicidad, las mismas están definidas por reglas que gobiernan ese tipo de conducta. Si no las conociéramos previamente no nos sería posible aprehenderlas: las conductas de los terceros observados quedarían reducidas a una suma de movimientos corporales.

5. La imputación: sus presupuestos.

Si bien podemos recurrir a la explicación causal para describir hechos de personas, no podemos hacer uso de la imputación en fenómenos producidos por la naturaleza o hechos de animales, al menos en el ámbito de una cultura en que ha sido desterrado el animismo como modo de comprensión de un fenómeno. El concepto de imputación se encuentra, de este modo, en estrecha relación con el concepto de conducta humana, o en otros términos, toda imputación requiere como objeto una conducta de una persona. Siguiendo a Hassemer sostenemos que el concepto de imputación encierra dos presupuestos, estrechamente vinculados el uno al otro, ellos son: dominio humano del mundo y responsabilidad por las consecuencias.⁶⁸

El primero de los presupuestos de la imputación, como hemos visto con anterioridad, es la admisión de que el mundo está dominado por personas, idea central del pensamiento moderno occidental que reconoce la centralidad del hombre en el proceso histórico. En un mundo dominado por el hombre, éste es artífice de los hechos que genera con su conducta. El segundo de los presupuestos, la responsabilidad por las consecuencias, sean éstas buenas o malas, posibilita ligar las consecuencias producidas con la conducta realizada. Para que

⁶⁷El conocimiento por parte del agente de cómo hacer algo puede explicarse de manera adecuada solamente bajo la hipótesis que él conoce (ha adquirido, interiorizado, aprendido) una regla al efecto de que tal y cual, aun cuando en un sentido importante pueda no saber que conoce la regla o que actúa, en parte, a causa de la regla. SEARLE, John: Ob. Cit., p. 51.

⁶⁸Dominio humano del mundo y responsabilidad de las personas por las consecuencias de sus acciones son, pues, los principios básicos de cualquier idea sobre la imputación. Y a la vez son también los principios básicos de cualquier forma de interacción entre personas, cuya necesidad va más allá del mero hecho de una relación puntual. Visto así, la posibilidad de una imputación es una condición trascendental de las relaciones interpersonales en reconocimiento recíproco. Su amplio significado y su posición central en un sistema penal se debe precisamente a este origen. HASSEMER, Winfried: "Persona, Mundo y Responsabilidad" en "Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal", traducción de María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999, p. 89.

alguien sea responsable es condición necesaria que el sujeto actúe de manera libre, es decir, que hubiese podido seguir la conducta prohibida o la conducta ordenada.

La existencia de una conducta humana no es condición suficiente a los efectos de la imputación. Para que se pueda hablar de imputación se requiere de la presencia de una norma respecto de la cual la conducta del sujeto es cotejada. Por lo tanto, el juicio de imputación requiere siempre de una conducta confrontada a una situación, que puede ser juzgada según las normas de la razón (sean éstas morales, jurídicas o de utilidad, etc.), a lo cual el juicio sobre la conducta representa un juicio de valor en el sentido aprobación o no aprobación (desaprobación)⁶⁹.

Como se puede apreciar, el nudo del concepto analizado se encuentra en la acción y efecto de atribuir un determinado fenómeno a un sujeto como obra suya (bajo su responsabilidad), lo que supone de antemano una acción confrontada a una obligación o a una prohibición de esa acción infringida. Este movimiento que se dirige de la imputación hacia la responsabilidad del sujeto no debe perder de vista el juicio inverso que va desde la retribución del hecho a la acción del autor⁷⁰ y conlleva, a su vez, la pregunta de quién es el sujeto susceptible de imputación o, en otros términos, quién es persona para el derecho.

Por lo tanto, para poder imputar un hecho, se requiere que el sujeto previamente hubiese estado obligado, sea a realizar una determinada conducta o a su omisión. La existencia de una norma es condición necesaria para atribuir el hecho al sujeto. Y el apartamiento de la norma por el sujeto actuante es lo que posibilita la valoración de su conducta, sea positivamente en caso de realizar más de lo ordenado por la norma (premio o recompensa) o negativamente en caso de realizar menos de lo que la ley requiere (reproche).

6. Imputación, imputabilidad y libertad.

El concepto de “imputación”, a su vez, se encuentra en estrecha relación con el de “razón” (*Vernunft*). El suceso que se imputa debe depender, como mínimo, de la razón del hombre. Se debe originar de la razón o de la falta de razón de un ser potencialmente racional. El concepto de “imputabilidad” (*Zurechenbarkeit*) presupone una escala de valoración, fundado en normas de la razón. “Imputabilidad” significa entonces la posibilidad de un juicio de

⁶⁹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 7.

⁷⁰RICOUER, Paul: “Le concept de responsabilité. Essai d’analyse sémantique” en “Le juste I”, Paris, Esprit, 1995, p. 45.

imputación. La imputación misma significa la constatación de una relación positiva entre un suceso y un hombre, en el sentido de la aprobación o desaprobación bajo valoración de la conducta de la persona conforme a un conjunto de normas de la razón ⁷¹.

Para que el sujeto sea pasible de imputación se requiere que el sujeto se encuentre en la posibilidad de seguir la norma. Aquél que no puede seguir el mandato deducido de la norma no puede ser sujeto de imputación, el suceso por él realizado constituye una mera causación. La imputación encuentra su fundamento en la existencia de un sujeto libre, de un sujeto que hubiese conocido y por tanto, podido seguir la norma cuestionada, puesto que lo que fundamenta el juicio de imputación es el apartamiento del deber implícito en la norma. Por lo tanto, la libertad es la razón de ser de la imputación. Solamente podemos imputar si afirmamos al sujeto imputado como sujeto libre, es decir, como persona.

7. La Imputación como estructura social de la realidad.

Asumir que la imputación constituye una “estructura social de la realidad”, categoría acuñada por Peter Berger y Thomas Lunkmann basado en los aportes fenomenológicos hechos por Alfred Schütz, implica una toma de posicionamiento respecto de la ciencia del derecho, la cual no crea categorías como la que estamos analizando sino que, en tanto ciencia comprensiva, parte de una realidad previamente interpretada.

Del reconocimiento de estructuras sociales previas a la normativización no se deduce que la postura por nosotros defendida desemboque en una teoría finalista basada en estructuras lógico-objetivas sino que, al contrario, creemos que el análisis fenomenológico de la vida cotidiana no sólo es un freno contra todas las hipótesis causales o genéticas sino también contra las aserciones acerca de la situación ontológica de los fenómenos analizados⁷².

⁷¹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 6-7.

⁷²El significado no es una característica inmanente de los objetos; tampoco es un acontecimiento físico en la mente del autor. Ni tampoco es, con toda seguridad, la esencia intencional de Husserl. Todo significado es resultado de la interpretación; es algo que debe ser construido, no descubierto. BAUMAN, Zygmunt: *La hermenéutica y las ciencias sociales*, traducción de Víctor Magno Boyé, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007, p. 173.

7.1. La propuesta epistemológica de Alfred Schütz.

Para Alfred Schütz⁷³, toda discusión en torno a la comprensión está perjudicada por la falta de una distinción clara entre los diversos significados del *Verstehen*⁷⁴. Reconoce tres acepciones respecto de dicho concepto, ellas son: 1) como una forma experimental del conocimiento del sentido común de los asuntos humanos, 2) como un problema epistemológico, y 3) como un método peculiar de las ciencias sociales.

Con respecto al primer significado, el *Verstehen* es, en primer término, el nombre de un proceso complejo mediante el cual nosotros interpretamos en nuestra vida diaria (*Lebenswelt*) el significado de nuestras propias acciones y de las de otros con quienes nos relacionamos⁷⁵. Para entender una acción humana no debemos asumir la postura de un observador externo que sólo “ve” las manifestaciones físicas de estos actos; más bien debemos desarrollar categorías para entender lo que el actor – desde su propio punto de vista – quiere decir con sus acciones⁷⁶.

En cuanto al problema epistemológico del *Verstehen*, el mismo indaga sobre la posibilidad de tal entendimiento o interpretación de sentido común. Schütz cree que Husserl nos ha dotado de las herramientas intelectuales necesarias para confrontar los numerosos problemas que se plantean en tanto y en cuanto investigamos con sentido crítico la intencionalidad, el significado, la conciencia interna del tiempo y la intersubjetividad, todos los cuales se presuponen en nuestras interpretaciones de sentido común⁷⁷.

⁷³Alfred SCHÜTZ (1899-1959) sociólogo y filósofo austriaco introductor de la fenomenología en las ciencias sociales. Sus preocupaciones epistemológicas se inscriben en un clima de época caracterizado por la tensión entre dos posturas dominantes del debate epistemológico entre dualismo y monismo metodológico.

⁷⁴La *Verstehen* no es primordialmente un método empleado por el científico social, sino la particular forma experiencial en que el pensamiento de sentido común toma conocimiento del mundo social cultural. No tiene nada que ver con la introspección; es un resultado de procesos de aprendizaje o aculturación, tal como lo es la experiencia de sentido común del llamado mundo natural. La *Verstehen*, además, no es un modo alguno un asunto privado del observador, imposible de controlar por las experiencias de otros observadores; es controlable, al menos en la medida en que las percepciones sensoriales privadas de un individuo son controlables por cualquier otro individuo colocado en ciertas condiciones. SCHÜTZ, Alfred: *El problema de la realidad social: Escritos I*, Maurice Natanson compilador, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, p. 71.

⁷⁵El hecho de que el mundo vital existe demuestra que de alguna manera los hombres deben asumir, según su sentido común, su habitual manera de ser, la necesidad de comprenderse los unos a los otros. Con sólo penetrar en el modo en que lo hacen nos será posible develar el misterio de la comprensión. Es necesario conocer cómo es posible la comprensión, para saber cómo se logra la comprensión. BAUMAN, Zygmunt: Ob. Cit., p. 169.

⁷⁶BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 180.

⁷⁷BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 181.

El tercer problema referente al *Verstehen* surge cuando se concibe como un método peculiar de las ciencias sociales. Existe una diferencia esencial en la estructura de los objetos del pensamiento o construcciones mentales creados por las ciencias sociales, y los creados por las ciencias naturales. Al respecto Schütz señala:

“El mundo de la naturaleza, tal como lo explora el especialista en ciencias naturales, no significa nada para las moléculas, átomos y electrones. Pero el campo observacional del científico social, la realidad social, tiene un significado específico y una estructura de significatividades para los seres humanos que viven, actúan y piensan dentro de él, quienes mediante una serie de construcciones de sentido común han efectuado selecciones e interpretaciones previas de este mundo que experimentan como la realidad de sus vidas cotidianas. Son estos objetos de pensamiento suyos los que determinan su conducta al motivarla. Los objetos de pensamiento que el especialista en ciencias sociales construye para comprender esta realidad social deben basarse en los objetos del pensamiento construidos por el pensamiento de sentido común de hombres que viven su existencia cotidiana dentro de su mundo social. Las construcciones de las ciencias sociales son, pues, por así decir, construcciones elaboradas por quienes actúan en la escena social, cuya conducta debe observar y explicar el especialista en ciencias sociales de acuerdo con las reglas de procedimiento de su ciencia”⁷⁸.

Las construcciones de las ciencias sociales son, en cierta medida, construcciones de segundo grado, es decir, construcciones de las construcciones hechas por actores en el escenario social (*Lebenswelt*), cuyo comportamiento debe observar y explicar el científico social de acuerdo con las reglas procesales de su ciencia⁷⁹. Todo conocimiento del mundo, tanto en el pensamiento de sentido común como en la ciencia, supone construcciones, formalizaciones e idealizaciones específicas de nivel respectivo de organización del pensamiento. Esta misma capa del *Lebenswelt* a partir del cual deben hacer sus abstracciones las ciencias naturales es la realidad social que deben investigar las ciencias sociales⁸⁰. El postulado de la interpretación subjetiva según Schütz, debe ser entendido de la siguiente manera:

“Todas las explicaciones científicas del mundo social pueden, y para ciertos fines, deben referirse al sentido subjetivo de las acciones de seres humanos en los que se origina la realidad social”⁸¹.

El problema del significado es, para Schütz, esencialmente de naturaleza temporal, no del tiempo en el sentido del tiempo físico sino de la “conciencia interna del tiempo”; es dentro de

⁷⁸SCHÜTZ, Alfred: Ob. Cit. p. 72.

⁷⁹BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 181.

⁸⁰La indagación de los principios generales según los cuales el hombre organiza en la vida cotidiana sus experiencias –especialmente las del mundo social– es la primera tarea de la metodología de las ciencias sociales. BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 182.

⁸¹SCHÜTZ, Alfred: Ob. Cit., p. 73.

la *durée* (duración) individual que se constituye para este autor el significado de su experiencia a medida que vive esta experiencia. La comprensión de los significados subjetivos requiere algo más que una foto instantánea de la acción, exige conocer algo del pasado y del futuro del actor. Aquí se aparta Schütz del concepto de “acción” empleado por Weber, considerando que el mismo no abarca la dimensión del “otro”.

Tener en cuenta la dimensión del “otro” conlleva a la distinción entre “la acción” y el “acto”. La acción se vincula al tiempo presente de la vida del actor. Una acción está en curso y, por lo tanto, su significado remite al fluir de las vivencias de la *durée*. Par ser más preciso, una acción está en constitución, un acto, por el contrario, remite al pasado, a la acción concretizada. Los mismos se le presentan al actor como una serie de vivencias acabadas que yacen en su memoria. Una cosa es enfocar nuestra atención a los movimientos corporales o cambios producidos en el mundo como consecuencia de la acción de los otros, y otra es contemplar un acto ya terminado que ha sido producido por alguna acción. La acción implica siempre una anticipación al futuro, una fantasía; un proyecto que no es otra cosa que el acto realizado. A la vez, el sentido de la acción se constituye en la relación entre el proyecto (fantasía o utopía práctica) y la realidad. El significado de cualquier acción es su correspondiente acto proyectado⁸².

Cuando interrogamos un curso de acción por su pasado y su futuro estamos preguntándonos acerca de los motivos. El motivo es, en cierta medida, un fundamento o sostén de la acción. O bien el actor puede orientar su conducta hacia la realización de un estado de cosas que espera producir, y entonces se trata de “*motivos-para*”, o bien el actor fundamenta significativamente su conducta echando mano a su acervo de experiencias que lo llevaron a iniciar tal o cual curso de acción, en este caso estamos en presencia de auténticos “*motivos-porque*”.

7.2. El concepto de *Lebenswelt*.

El “mundo de la vida cotidiana” (*Lebenswelt*) es un concepto desarrollado por Alfred Schütz. Para este autor, la finalidad primordial de las ciencias sociales consiste en elaborar recursos metodológicos que permitan construir y legitimar una ciencia social capaz de captar comprensivamente ese sentido subjetivo producido por los actores en el mundo de la vida

⁸²SOLDANO, Daniela: “La subjetividad a escena. El aporte de Alfred Schütz a las Ciencias Sociales” en “Filosofía y Métodos de las Ciencias Sociales”, Federico L. Schuster Compilador, Buenos Aires, Manantial, 2002, p. 68.

cotidiana (*Lebenswelt*)⁸³. Al contrario que Husserl, Schütz consideraba al *Lebenswelt* “ingenua y pre-reflexivamente dado”, no como algo “puesto entre paréntesis” sino, por el contrario, como el campo que el que el científico social no puede nunca abandonar, como el “hábitat natural” del problema del *Verstehen*⁸⁴. El mundo de la vida cotidiana incluye todo aquello que es dado por sabido y que normalmente no requiere reflexión, es una actitud de sentido común⁸⁵.

Para Schütz el *Lebenswelt* es también, desde el principio, un mundo social cultural dentro del cual las personas se relacionan, en múltiples formas de interacción, con semejantes a quienes conocen en grados diversos de intimidad y anonimia. Sólo en el mundo de la vida cotidiana se puede constituir un entorno comunicativo común (*gemeinsame kommunikative Umwelt*)⁸⁶. Las interacciones con el “otro” se dan a partir de tipificaciones de los motivos, objetivos, finalidades, etc., inherentes a la conducta de las personas. Al respecto Schütz señala:

⁸³El mundo de la vida cotidiana se constituye de este modo en el escenario y el objeto de nuestras acciones e interpretaciones. SCHÜTZ, Alfred: *On Phenomenology and Social Relations*, Helmut Wagner editor, Chicago, Chicago University Press, 1973, p. 73.

⁸⁴HABERMAS critica a SCHÜTZ por no hacer un planteamiento del mundo de la vida en términos de la teoría de la comunicación, sino que se atiene al método intuitivo de HUSSERL y adopta la arquitectónica de la fenomenología trascendental y es debido a ello que Alfred Schütz no aprehenda las estructuras del mundo de la vida recurriendo directamente a las estructuras de la intersubjetividad lingüísticamente generada, sino al reflejo de esas estructuras en las vivencias subjetivas de un actor solitario. Sin embargo, considera que dicho concepto fenomenológico se introduce como concepto complementario del de “acción comunicativa”. Al respecto HABERMAS considera que: “Si abandonamos las categorías de la filosofía de la conciencia en que Husserl trata la problemática del mundo de la vida, podemos representarnos éste como un acervo de patrones de interpretación transmitidos culturalmente y organizados lingüísticamente. Entonces para explicar qué son esos plexos de remisiones que vinculan entre sí a los elementos de la situación y a la situación con el mundo de la vida, ya no es menester permanecer en el marco de la fenomenología y de una psicología de la percepción. Los plexos de remisiones pueden entenderse más bien como plexos semánticos que establecen una mediación entre una emisión comunicativa dada, su contexto inmediato y su horizonte de connotaciones semánticas. Los plexos de remisiones derivan de las relaciones gramaticalmente reguladas que se dan entre los elementos de un acervo de saber organizado lingüísticamente (...) El lenguaje y la cultura son elementos constitutivos del mundo de la vida mismo. Ni representan uno de los mundos formales en que los participantes en la comunicación sitúan los ingredientes de la situación ni nos topamos con ellos como algo en el mundo objetivo, en el mundo social o en el mundo subjetivo. Los agentes se mueven siempre dentro del horizonte del mundo de la vida; de él no pueden salirse. En tanto que intérpretes pertenecen, junto con sus actos de habla, al mundo de la vida, pero no pueden establecer una relación “con algo en el mundo de la vida” de la manera que pueden establecerla con hechos, normas o vivencias (...) El mundo de la vida es, por así decirlo, el lugar trascendental en que el hablante y el oyente se salen al encuentro; en que pueden plantearse recíprocamente la pretensión de que sus emisiones concuerdan con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que pueden criticar y exhibir los fundamentos con pretensiones de validez, resolver sus disonancias y llegar a un acuerdo. En una palabra: respecto al lenguaje y a la cultura los participantes no pueden adoptar *in actu* la misma distancia que respecto a la totalidad de los hechos, de las normas o de las vivencias, sobre que es posible el entendimiento”. HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica a la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1992, p. 176-177.

⁸⁵BAUMAN, Zygmunt: Ob. Cit., p. 168.

⁸⁶SCHÜTZ, Alfred, LUCKMANN Thomas: *Strukturen der Lebenswelt*, 1. Auflage, Konstanz, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 29.

“En cierta medida puedo comprender su conducta, si comprendo sus motivos, objetivos, elecciones y planes que se originan en sus circunstancias biográficamente determinadas. Sin embargo, solo en situaciones particulares es posible experimentar los motivos, objetivos, etc., de los “Otros”; en síntesis, los significados subjetivos que ellos atribuyen a sus acciones, en su unicidad. Puedo, en cambio, experimentarlo en su tipicidad. Para ello, construyo esquemas típicos de los motivos y fines de los actores, e incluso de sus actitudes y personalidades, de las cuales su conducta actual no es sino un caso o ejemplo. Esos esquemas tipificados de la conducta de los “Otros” pasan a ser a su vez motivos de mis propias acciones, lo cual conduce al fenómeno de la autotipificación”⁸⁷.

Los seres humanos estructuramos nuestras experiencias a través de tipificaciones hechas a partir del conocimiento de sentido común del *Lebenswelt*⁸⁸. Las mismas son tácitas⁸⁹, en la medida de que carecemos de consciencia explícita acerca de ellas⁹⁰. El conocimiento está socializado desde el principio (socialmente preformado y socialmente distribuido)⁹¹. El acervo de conocimiento a disposición del individuo está cambiando de continuo, el individuo no encuentra el mundo como una tabula rasa, no parte de la nada al experimentar e interpretar el mundo. Toda interpretación del *Lebenswelt* se origina en un inventario de experiencias previas en forma de “conocimiento a disposición” que funciona como un esquema de referencia.

7.3. Los aportes de Berger y Lunkmann.

A partir de los aportes proporcionados por Schütz, Peter Berger y Thomas Lunkmann fundan su teoría sociológica. La “realidad” es, según estos autores, aquella cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición (no podemos

⁸⁷SCHÜTZ, Alfred: *El problema de la realidad social: Escritos I*, 1974, p. 72.

⁸⁸“Estas tipificaciones que conforman el conjunto de conocimiento experiencial del sentido común son constructos sociales, es decir, tienen un origen social y cuentan con una determinada forma de distribución entre los actores. Sin embargo (...) se actualizan de maneras particulares en cada situación biográfica, lo que hace que este stock, aún sin perder cierto carácter inercial, sea pasible de transformaciones”. SOLDANO, Daniela: Ob. Cit., p. 74

⁸⁹La vida cotidiana es posible por (y se desarrolla en y sobre) un mundo común a todos nosotros, el *Lebenswelt* fenomenológico. Los legos en actitud natural operan en este mundo e intentan transformarlo, aún sin advertir las estructuras de la vida cotidiana operantes. SOLDANO, Daniela: Ob. Cit., p. 73

⁹⁰BERNSTEIN, Richard: Ob. Cit. p. 192

⁹¹“Lo está, en primer término, estructuralmente, ya que se basa en la idealización fundamental según la cual si yo cambiara de lugar con mi semejante, experimentaría el mismo sector del mundo sustancialmente en las mismas perspectivas que él, perdiendo toda significación (...) nuestras circunstancias biográficas particulares. Proponiendo llamar a esta idealización la de reciprocidad de expectativas. En segundo lugar, está socializado genéticamente, porque la mayor parte de nuestro conocimiento (...) es de origen social, y en términos socialmente aprobados. En tercer lugar, está socializado en el sentido de la distribución social del conocimiento, ya que cada individuo conoce sólo un sector del mundo, y el conocimiento común del mismo sector varía de un individuo a otro en cuanto a su grado de nitidez, claridad, trato directo o mera creencia”. SCHÜTZ, Alfred: Ob. Cit. p., 72.

“hacerlos desaparecer”); el conocimiento es la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas⁹². La vida cotidiana (*Lebenswelt*), por su parte, se presenta como una realidad interpretada por los hombres y para ellos tiene el significado subjetivo de un mundo coherente. El conocimiento del sentido común es lo que comparto con otros en las rutinas normales y auto-evidentes de la vida cotidiana⁹³. Al respecto señalan:

“El mundo de la vida cotidiana no sólo se da por establecido como realidad por los miembros ordinarios de la sociedad en el comportamiento subjetivamente significativo de sus vidas. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y en sus acciones, y que está sustentado como real por éstos”⁹⁴.

“La realidad de la vida cotidiana se da por establecida como realidad. No requiere verificaciones adicionales sobre su sola presencia y más allá de ella. Está ahí, sencillamente, como facticidad evidente de por sí e imperiosa. Sé que es real. Aun cuando pueda abrigar dudas acerca de su realidad, estoy obligado a suspender esas dudas puesto que existo rutinariamente en la vida cotidiana”⁹⁵.

Esta realidad que captamos mediante la reducción fenomenológica no requiere de ninguna constatación empírica. Es auto-evidente y debo, por tanto, suspender toda duda respecto de su existencia.

Respecto a la objetivación del *Lebenswelt*, la misma se produce a través de esquemas tipificadores en cuyos términos los otros son aprehendidos y tratados. Dichas tipificaciones aumentan a medida que se alejan del “aquí y ahora” representado por las situaciones “cara a cara” para dar paso a las situaciones con meros contemporáneos⁹⁶. Pero el mundo de la vida cotidiana no sólo alcanza a los contemporáneos, puesto que las personas también se relacionan, a través de tipificaciones, con otras que las han precedido y que las sucederán. Tipificaciones como “mis antepasados” o “mis descendientes” sirven a los fines de relacionarnos, de manera sumamente anónima, con sujetos con los cuales no compartimos un presente⁹⁷. Por lo tanto, el *Lebenswelt* no es más que la suma total de estas tipificaciones y de las pautas recurrentes de interacción establecidas por intermedio de ellas.

⁹²BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 2001, p. 13.

⁹³BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., pp. 36-41.

⁹⁴BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 37.

⁹⁵BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 41.

⁹⁶La realidad social de la vida cotidiana es pues aprehendida en un *continuum* de tipificaciones que se vuelven progresivamente anónimas a medida que se alejan del “aquí y ahora” de la situación “cara a cara”. BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 51

⁹⁷Con excepción de los que fueron mis asociados en el pasado (mi difunto amigo Henry), me relaciono con mis antecesores mediante tipificaciones sumamente anónimas: “mis bisabuelos inmigrantes” y, aún más, “los padres

El proceso más importante de objetivación se da a través de un sistema del lenguaje. Éste posibilita la comunicación y la transmisión de significados y, dado su nivel de abstracción, permite fácilmente separarse de la situación “cara a cara” dando paso a relaciones mucho más abstractas, tipos de relaciones que no serían posibles mediante otro sistema de signos, como por ejemplo el gestual. Al respecto Berger y Lunckmann afirman:

“El lenguaje usado en la vida cotidiana me proporciona continuamente las objetivaciones indispensables y dispone el orden dentro del cual éstas adquieren sentido y dentro del cual la vida cotidiana tiene significado para mí (...) De esta manera el lenguaje marca las coordenadas de mi vida en la sociedad y llena esa vida de objetos significativos”⁹⁸.

“Las objetivaciones comunes de la vida cotidiana se sustentan primariamente por la significación lingüística. La vida cotidiana, por sobre todo, es vida con el lenguaje que comparto con mis semejantes y por medio de él. Por lo tanto, la comprensión del lenguaje es esencial para cualquier comprensión de realidad de la vida cotidiana”⁹⁹.

El lenguaje se origina en la vida cotidiana a la cual toma como referencia. En tanto sistema normativo, el mismo es coercitivo en el sentido de que si quiero hacer uso de él me veo obligado a respetar sus pautas. Pero a la vez, a través del lenguaje se produce una tipificación de experiencias, permitiéndome incluirlas en categorías más amplias cuyos términos adquieren significado para mí y para mis semejantes. Dichas categorías se vuelven anónimas, porque pueden ser repetidas por cualquiera que entre dentro de la categoría en cuestión¹⁰⁰. Mediante el lenguaje es posible objetivar experiencias y significados que perduran en el tiempo y que pueden ser transmitidos a generaciones futuras. El lenguaje es así el principal medio tanto para la construcción social de la realidad como así también a los fines de la mediación de la realidad constituida socialmente.

7.4. La imputación como estructura del *Lebenswelt*.

Cuando afirmamos que la imputación constituye una estructura social de la realidad, hacemos referencia a que en tanto concepto presupone un proceso de tipificación que se da en una interpretación de primer orden, es decir, en el marco del sentido común. La ciencia social, en

de la patria”. Mis sucesores, por razones comprensibles, se tipifican de manera todavía más anónima: “los hijos de mis hijos”, o “las generaciones futuras” (...) El anonimato de esos dos grupos de tipificaciones, sin embargo, no impide que formen parte de la realidad de la vida cotidiana, a veces de manera muy decisiva. BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 52.

⁹⁸BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 39.

⁹⁹BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 55.

¹⁰⁰BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: Ob. Cit., p. 57.

nuestro caso el derecho, debe reconocer esta interpretación de primer orden y, en su caso, realizar una nueva interpretación tomando como base la hecha en el *Lebenswelt*. Con estas afirmaciones reconocemos que el derecho no ‘crea’ este tipo de conceptos, sino que sólo los ‘renormativiza’.

La imputación es un juicio que realizan las personas en su vida cotidiana. A diario las personas juzgan sus propias acciones o las de otros en base a un sistema de reglas, sean éstas jurídicas, morales, usos sociales, normas de utilidad, etc. Para valorar una determinada acción como buena, correcta, eficaz o en su caso desvalorarla como mala, incorrecta o ineficaz se requiere de un proceso de imputación. De este modo, alabanza y reproche constituyen los extremos por los que fluye dicho proceso de imputación.

El derecho reconoce esa tipificación producida en el *Lebenswelt* y establece los criterios bajo los cuales una acción puede ser imputada. Lo que el derecho, en nuestro caso la disciplina penal, entienda por imputación no es ya el resultado de imitar una realidad irreal y modélica ni de la deducción que resulta de estructuras lógico-objetivas de carácter supra-normativo¹⁰¹.

8. El concepto de imputación: su caracterización.

A partir de las diversas aproximaciones que hemos hecho del concepto imputación, ahora intentaremos definirlo a partir del establecimiento de sus características. Con ello pretendemos que el concepto analizado cumpla la función de un observador complejo a la hora de analizar las unidades informantes.

En primer lugar, la imputación es un juicio que emiten las personas. En un mundo desmitificado, la imputación es un modo de comprensión de las acciones humanas: el sujeto que emite el juicio es el “imputante” y el destinatario del mismo es el “imputado”. A partir de la imputación del hecho, se reconoce al sujeto como persona.

La imputación es un juicio que realizan las personas para comprender los hechos (conductas) de sus semejantes. Mediante la imputación adscribimos un conjunto de movimientos, o de sonidos que percibimos sensorialmente como comportamientos. Al mismo tiempo que imputamos, concebimos al sujeto imputado como libre.

¹⁰¹HASSEMER, Winfried: Ob. Cit., p. 88.

Para poder comprender la conducta de otras personas es presupuesto necesario que todas nuestras conductas se hallan gobernadas por reglas. Solamente podemos comprender un fenómeno como acción si lo concebimos como aplicación de un sistema de normas, sean éstas normas técnicas, del trato social, morales o jurídicas.

El apartamiento de la regla posibilita, en la medida que el autor se haya apartado libremente, atribuir el hecho a título de mérito o demérito. Es el no seguimiento de la regla el que posibilita la valoración de la conducta y su atribución al sujeto.

9. Resumen.

- Los fenómenos producidos por la naturaleza los explicamos en términos causales, pero no adscribimos las consecuencias producidas al fenómeno natural. Causación e imputación no son idénticas la una a la otra, puesto que éste último tiene un ámbito de aplicación mucho más limitado, reservado sólo a la esfera de conductas humanas.
- El principio de imputación era el modo que utilizaban las sociedades primitivas para comprender el mundo, constituyendo una interpretación socio-normativa de la naturaleza. En esta visión primitiva no existe una separación entre naturaleza y sociedad, ambas conforman un todo, tanto el hombre como la naturaleza configuran el mundo.
- El paso decisivo de una interpretación normativa a una interpretación causal de la naturaleza, del principio de imputación al principio de causalidad, reside en que el hombre adquiere consciencia de que las relaciones entre las cosas, a diferencia de las relaciones entre hombres, son independientes de una voluntad humana, o sobrehumana.
- Según Winch, lenguaje, ideas y conceptos no pueden separarse nítidamente de las relaciones sociales; son constitutivas de estas relaciones. Por lo tanto, los cambios fundamentales de los conceptos, las ideas y el lenguaje utilizado por los hombres implican necesariamente cambios fundamentales en las relaciones sociales.
- El comportamiento “regido por reglas” es esencialmente social, lo que presupone que somos sujetos seguidores de normas. La noción de acatar una regla va unida a la de cometer un error.

- El concepto de “imputación” se encuentra, de este modo, en estrecha relación con el concepto de “conducta humana” o, en otros términos, toda imputación requiere como objeto una conducta de una persona. El concepto de imputación encierra dos presupuestos, estrechamente vinculados el uno al otro, ellos son: dominio humano del mundo y responsabilidad por las consecuencias.
- El juicio de imputación requiere siempre de una conducta confrontada a una situación, que puede ser juzgada según las normas de la razón (sean éstas morales, jurídicas o de utilidad, etc.), a lo cual el juicio sobre la conducta representa un juicio de valor en el sentido de aprobación o no aprobación (desaprobación).
- Para poder imputar un hecho se requiere que el sujeto previamente haya estado obligado, sea a realizar una determinada conducta o a su omisión. La existencia de una norma es condición necesaria para atribuir el hecho al sujeto.
- El concepto de “imputabilidad” significa la posibilidad de un juicio de imputación. Para que el sujeto sea pasible de imputación se requiere que él se encuentre en la posibilidad de seguir la norma. Solamente podemos imputar si afirmamos al sujeto imputado como libre.
- Las construcciones de las ciencias sociales son construcciones de las construcciones hechas por actores en el escenario social (*Lebenswelt*), cuyo comportamiento debe observar y explicar el científico social de acuerdo con las reglas procesales de su ciencia.
- El mundo de la vida cotidiana incluye todo aquello que es dado por sabido, y que normalmente no requiere reflexión, es una actitud de sentido común. El *Lebenswelt* es también un mundo social cultural dentro del cual las personas se relacionan, en múltiples formas de interacción, con semejantes a quienes conocen en grados diversos de intimidad y anonimia.
- Los seres humanos estructuramos nuestras experiencias a través de tipificaciones hechas a partir del conocimiento de sentido común del *Lebenswelt*
- El proceso más importante de objetivación del *Lebenswelt* se da a través de un sistema del lenguaje. A través de él se produce una tipificación de experiencias,

permitiéndome incluirlas en categorías más amplias cuyos términos adquieren significado para mí y para mis semejantes.

- La imputación es un juicio que realizan las personas en su vida cotidiana. El derecho reconoce esa tipificación producida en el *Lebenswelt* y establece los criterios bajo los cuales una acción puede ser imputada.
- La imputación es un juicio que emiten las personas. Mediante la imputación adscribimos un suceso como comportamientos de una persona. Al mismo tiempo que imputamos, concebimos al sujeto imputado como libre. Para poder comprender la conducta de otras personas, es presupuesto necesario que todas nuestras conductas se hallen gobernadas por reglas. El apartamiento de la regla posibilita, en la medida que el autor se haya apartado libremente, atribuir el hecho a título de mérito o demérito.

PARTE II.

En la presente parte nos detendremos en analizar el concepto de imputación utilizado por dos exponentes del iluminismo alemán, en especial las teorías propuestas por Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

No está dentro de nuestros objetivos realizar un estudio cronológico del concepto de imputación en la tradición filosófica, pues ello implicaría analizar dicho concepto en autores tales como Aristóteles, Samuel Pufendorf o Christian Wolff, entre otros, lo que excede los objetivos de la presente tesis. La selección de los autores a analizar obedece a la importancia que tienen sus teorías para el análisis de los modernos modelos de imputación propuestos en la dogmática jurídico-penal.

Para poder lograr una comprensión cabal del concepto de imputación en el marco de sus respectivas teorías filosóficas será necesario analizar otros conceptos estrictamente vinculados a él. Así, por ejemplo, en el caso de Kant no es posible comprender el concepto de imputación aislado del concepto de libertad; en el caso de Hegel, resulta imprescindible abordar el concepto de imputación como eslabón de la relación dialéctica, entre delito y pena.

Al finalizar las exposiciones de ambos modelos filosóficos, realizaremos una comparación entre ellos, reconociendo los límites epistemológicos existentes a la hora de realizar tal actividad. El establecimiento de las semejanzas y diferencias entre ambos conceptos nos servirá para analizar los conceptos de imputación en el ámbito de la dogmática jurídico-penal.

En los últimos dos capítulos de la parte analizaremos dos conceptos de imputación que, en términos generales, continúan en la línea de la teoría de la *imputatio*, esto es en el identificar a la imputación con la totalidad del delito y no con un sub-concepto del mismo. En primer lugar, analizaremos la teoría de la imputación propuesta por Werner Hardwig, modelo explicativo desarrollado a mediados del siglo XX y que no ha tenido demasiada difusión en la dogmática jurídico-penal alemana, y menos aún en otras latitudes. Acto seguido presentaremos la teoría de la imputación de base kantiana propuesta por Joachim Hruschka, autor contemporáneo cuya teoría, aun sin haber logrado demasiada aceptación dogmática, al menos ha logrado un alto grado de difusión. Por último, realizaremos una comparación de

ambos modelos teóricos, con el objetivo de poner de relieve las similitudes existentes entre ambas teorías, destacando al mismo tiempo las respectivas fortalezas y debilidades.

CAPÍTULO I: La doctrina de la *imputatio* según Immanuel Kant.

1. Introducción.

En el presente capítulo desarrollaremos la teoría kantiana de la imputación. La doctrina de la *imputatio* presentada por Immanuel Kant en la *Metafísica de las Costumbres* (*MdS*) no es una teoría que él elabora desde cero, sino que ha tomado los aportes de Christian Wolff para desarrollar su sistema. El abordaje de éste se encuentra mayormente en la *Metafísica de las Costumbres*¹⁰², obra en cual Immanuel Kant desarrolla su teoría del derecho y su teoría de la virtud (moralidad). Sin embargo, en otras obras póstumas como por ejemplo en la *MdS-Vigilantius* o en *Reflexionen zur Moralphilosophie* encontramos aportes que permiten complementar la teoría kantiana.

La finalidad del presente capítulo es describir la teoría de la imputación según Kant, descripción que no puede resultar satisfactoria si, al mismo tiempo, no abordamos otros conceptos que se encuentran en estrecha relación con el sistema de atribución de responsabilidad. Ellos son la distinción entre “legislación jurídica” y “legislación moral” y el concepto o, para ser más exactos, los conceptos de “libertad”. En la última parte del capítulo abordaremos la discusión de la finalidad de la pena según Kant, poniendo en debate su finalidad “absoluta”. Si bien esta cuestión excede los objetivos de la presente tesis, dada su importancia para el derecho penal y por el hecho de que nuestra discusión se centra en cuestiones tangenciales a la finalidad de la pena, consideramos que no podemos obviar su análisis.

Es en la *Metafísica de las costumbres* (*MdS*) donde Immanuel Kant desarrolla el concepto de imputación haciendo alusión tanto a la imputación ética como a la imputación jurídica. El

¹⁰²Dado que el contenido de los principios de la doctrina del Derecho fue tratado por KANT en diversas obras, conviene hacer un recuento cronológico de ellas en las que se abordan temas similares. Sin intención de ser minucioso, situaré esta primera parte de la *Metafísica de las costumbres* en la siguiente línea de publicaciones:

• 1784: *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerliche Absicht* (*Ideas para una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*) • 1785: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*) • 1787: *Kritik der praktischen Vernunft* (*Crítica de la razón práctica*) • 1793: *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (*En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica*). • 1794: *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*. (*La religión dentro de los límites de la mera razón*). • 1795, *Zum ewigen Frieden*. (*Hacia la paz perpetua*) • 1797, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. (“Principios metafísicos de la doctrina del Derecho”, en *Metafísica de las costumbres*).

tratamiento que efectúa de este concepto, si bien con algunas diferencias, es aplicable tanto para su teoría del derecho como para su teoría de la virtud. Las diferencias entre ambas teorías se manifiestan especialmente, como veremos más adelante, en lo que respecta a la imputación de las consecuencias. Al respecto Kant sostiene:

“Imputación (*imputatio*) en sentido moral es un juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes: dicho juicio se llama imputación con validez jurídica (*imputatio iudiciaria s. valida*) si lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas de este hecho, si no, sólo una imputación dictaminatoria (*imputatio dictaminatoria*). Aquella persona con validez jurídica se llama juez o tribunal (*iudex s. forum*).

El mérito (*meritum*) consiste en hacer algo conforme al deber, además de lo estrictamente exigible por la ley. Si no se hace más de lo prescrito por la ley, no hay más que el pago de una deuda (*debitum*); pero, si se hace menos, hay delito moral, demérito (*demeritum*). El efecto jurídico del delito es la pena (*poena*), el de una acción meritoria es la recompensa (*proemium*), suponiendo que la recompensa prometida en la ley haya sido la causa de la acción. La conformidad con el deber (*debitum*) no tiene efectos jurídicos. – la retribución gratuita (*remuneratio s. repensio benédica*) no guarda relación jurídica con una acción.

Las consecuencias buenas o malas de una acción debida – lo mismo que las consecuencias de la omisión de una meritoria – no pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis tollens*).

Las consecuencias buenas de una acción meritoria – lo mismo que las consecuencias malas de una acción injusta - pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis ponens*)¹⁰³.

¹⁰³Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria s. valida*), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (*imputatio diiudicatoria*) sein würde. – Diejenige (*physische oder moralische*) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (*iudex s. Forum*).

Was jemand pflichtmäßig mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (*meritum*): was er nur gerade dem letzteren angemessen tut, ist Schuldigkeit (*debitum*); was er endlich weniger tut, als die letztere fordert, ist moralische Verschuldung (*demeritum*). Der rechtliche Effekt einer Verschuldung ist die Strafe (*poena*); der einer verdienstlichen Tat Belohnung (*praemium*) (vorausgesetzt daß sie, im Gesetz verheißen, die Bewegursache war); die Angemessenheit des Verfahrens zur Schuldigkeit hat gar keinen rechtlichen Effekt. – Die gütige Vergeltung (*remuneratio s. Repensio benefica*) steht zur Tat in gar keinem Rechtsverhältnis.

Die guten oder schlimmen Folgen einer schuldigen Handlung, imgleichen die Folgen der Unterlassung einer verdienstlichen, können dem Subjekte nicht zugerechnet werden (*modus imputationis tollens*).

Die guten Folgen einer verdienstlichen, imgleichen die schlimmen Folgen einer unrechtmäßigen Handlung können dem Subjekte zugerechnet werden (*modus imputationis ponens*). KANT, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, 1. Auflage, Stuttgart, Verlag Reclam, 2011, pp. 227-228.

Si bien la imputación en tanto juicio adscriptivo es aplicable tanto a la imputación jurídica como a la imputación moral, entre ambas modalidades existen paralelismos y diferencias. Para poder comprender dichas divergencias resulta necesario delinear tanto el concepto de derecho en Kant como así también las diferencias que existen entre la legislación jurídica y la legislación moral.

2. Derecho y moral en el pensamiento kantiano.

La *MdS* consta de dos teorías, la teoría del derecho (*die Rechtslehre*) y la teoría de la virtud (*die Tugendlehre*) concerniente a la moralidad. Kant desarrolla su concepto de imputación en la introducción de la *MdS*, resultado aplicable a ambas teorías. Sin embargo, puesto que las consecuencias difieren sea que se esté ante una imputación jurídica o, en cambio, ante una imputación de orden moral, resulta necesario aclarar qué entiende Kant por derecho y qué entiende por moral.

2.1. El concepto de derecho

Kant, en la teoría del Derecho de la *MdS* (*MdS-R*), utiliza el siguiente concepto de derecho:

“El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser unificado con el arbitrio del otro según una ley general de la libertad”¹⁰⁴.

Siguiendo a Alexy, para Kant el derecho es un conjunto de condiciones para que algo sea posible. Eso que las condiciones hacen posible no es otra cosa que la unificación del arbitrio del uno con el arbitrio del otro según una ley general de la libertad¹⁰⁵. En esta línea de argumentación se encuentra Ralf Dreier, quien interpreta el pasaje de Kant referido a las “condiciones de posibilidad” como la “la totalidad de las leyes externas”¹⁰⁶.

Kant formula dos distinciones entre los tipos de normas. En un primer momento opone las leyes de la libertad (*die Gesetze der Freiheit*), como leyes morales, a las leyes de la naturaleza (*Naturgesetze*) y luego, en un paso ulterior, divide las leyes morales en jurídicas (*juridische*

¹⁰⁴Recht ist der Inbegriff der Bendigungen, unter denen die Willkür des eines mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. KANT, Immanuel: *MdS-R*, p. 230

¹⁰⁵ALEXY, Robert: “La definición de derecho según Kant”, en “Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica”, compiladores Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos, traducción de Rodolfo Arango, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 380-381.

¹⁰⁶„Die Gesamtheit äußerer Gesetze“. DREIER, Ralf: *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986, p. 11.

Gesteze) y éticas (*etische Gesetze*). Estas últimas exigen “ser ellas mismas las razones determinantes de la acción”; las primeras, en cambio, se satisfacen mediante la mera conformidad externa¹⁰⁷. Cuando se afirma que la definición de derecho de Kant mantiene la tensión entre derecho y moral en el concepto del derecho, se entiende que moral designa leyes morales en la forma de leyes jurídicas¹⁰⁸.

Las leyes externas, conforme al uso del lenguaje de Kant, son leyes para el uso externo de la libertad, a diferencia de las leyes morales que se rigen por la necesidad interna de la libertad, o sea por la motivación de la acción (*Handlungsmotivation*). En la medida que en que limita los usos externos de la libertad, las leyes externas son como mínimo coercibles, en el estado de naturaleza mediante la autosuficiencia (*Selbsthilfe*), en el estado civil a través del Estado¹⁰⁹. A las leyes jurídicas (externas) en virtud de la legislación interna Kant las llama leyes naturales o derecho natural (*Naturrecht*). Por su parte, leyes externas en virtud de legislación externa, Kant denomina leyes positivas o generales, es decir: el derecho positivo (*das positive Recht*)¹¹⁰. Por consiguiente, su concepto de derecho comprende entonces tanto el derecho natural como el derecho positivo¹¹¹.

A esta tensión existente entre derecho natural y derecho positivo Kant la resuelve en el ámbito de la *MdS-R* a través de la absoluta precedencia del derecho positivo sobre el derecho natural. Al rechazar de manera tajante el derecho de resistencia, Kant afirma que existe:

“... una idea como principio de razón práctica, a saber: que es menester obedecer al poder legislativo actual, cualquiera sea su origen”¹¹².

Y agrega:

“...en un estado jurídico no es posible más que por la sumisión a la voluntad universal legislativa”¹¹³.

¹⁰⁷KANT, Immanuel: *MdS*, p. 214.

¹⁰⁸ALEXI, Robert: *Ob. Cit.* p. 383.

¹⁰⁹El derecho es inseparable, según el principio de contradicción, de la facultad de obligar al que se opone a su libre ejercicio. KANT, Immanuel: *MdS-R*, p. 231.

¹¹⁰“El derecho, como ciencia sistemática, se divide en derecho natural, que se funda en principios puramente a priori, y en derecho positivo (reglamentario), que tiene por principio la voluntad del legislador”. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 237. ALEXI sostiene que “el derecho natural según KANT se sitúa transversalmente entre los dos casos nítidos de las leyes externas derivadas de una legislación externa con coerción externa, y de las leyes internas derivadas de una legislación interna con coerción interna, puesto que aquél trata de leyes externas derivadas de una legislación interna”. ALEXI, Robert: *Ob. Cit.* p. 383.

¹¹¹DREIER, Ralf: *Ob. Cit.*, p. 12; en igual sentido ALEXI, Robert: *Ob. Cit.*, p. 382.

¹¹²Eine Idee als praktisches Vernunftsprinzip aussagt: der jetzt bestehenden gesetzgebenden Gewalt gehorchen zu sollen, ihr Ursprung mag sein, welcher er wolle. KANT, Immanuel: *MdS-R*, p. 318.

Siguiendo a Alexy, concluimos que el término “conjunto de condiciones” utilizado por Kant incluye las siguientes afirmaciones: (1) el derecho positivo como derecho legislado, (2) el derecho en su cumplimiento mediante la coerción y, en tal sentido, en su eficacia social, y (3) el derecho como expresión de la razón, o sea de lo correcto¹¹⁴.

El conjunto de leyes externas debe posibilitar la unificación (compatibilización) del arbitrio de uno con el arbitrio del otro. Esta unificación no reside en una mera relación entre dos partes, sino la compatibilidad del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los otros, es decir del otro como generalidad. Al respecto Kant señala:

“...el derecho no debe ser considerado como constituido de dos partes, a saber: la obligación según una ley, y la facultad que posee el que por su arbitrio obliga a otro, de obligarle al cumplimiento de esta obligación; sino que se puede inmediatamente hacer consistir la noción del derecho en la posibilidad de conformar la obligación general recíproca con la libertad de todos”¹¹⁵.

Para una comprensión cabal del concepto de derecho de Kant resulta indispensable exponer qué entiende este autor por “arbitrio” (*Willkür*). Al este respecto el filósofo de Königsberg sostiene:

“La facultad apetitiva, según nociones, en cuanto su principio de determinación se encuentra en sí misma y no en el objeto, se llama la *facultad de hacer o de no hacer a discreción*; en cuanto va unida a la consciencia de la facultad de obrar para producir un objeto, se llama *arbitrio*”¹¹⁶.

Y agrega:

“El arbitrio que puede ser determinado a través de la razón pura se llama libre arbitrio”¹¹⁷.

Conforme al punto de vista de Kant, el arbitrio en tanto facultad de hacer o de no hacer a discreción, no sólo incluye una libertad de elección (*Wahlfreiheit*) sobre las posibilidades de

¹¹³Wider das gesetzgebende Oberhaupt des Staats gibt es also keinen rechtmäßigen Widerstand des Volks; denn nur durch Unterwerfung unter seinen allgemeingestzgebenden Willen ist ein rechtlicher Zustand möglich. KANT, Immanuel: MdS-R, p. 320.

¹¹⁴ALEXY, Robert: Ob. Cit. p. 383.

¹¹⁵...das Recht nicht als aus zwei Stücken, nämlich der Verbindlichkeit nach einem Gestezte und der Befugnis dessen, der durch seine Willkür den anderen verbindet, diesen dazu zu zwingen, zusammengesetzt gedacht werden, sondern man kann den Begriff des Rechts in der Möglichkeit der Verknüpfung des allgemeinen wechselseitigen Zwanges mit jedermanns Freiheit unmittelbar setzen. KANT, Immanuel: MdS, p. 232.

¹¹⁶Das Begehungsvermögen nach Begriffen, sofern der Bestimmungsgrund desselben zur Handlung in ihm selbst, nicht in dem Objekte angetroffen wird, heißt ein Vermögen, *nach Belieben zu tun oder zu lassen*. Sofern es mit dem Bewußtsein des Vermögens seiner Handlung zur Hervorbringung des Objekts verbunden ist, heißt es *Willkür*. KANT, Immanuel: MdS, p. 213.

¹¹⁷Die Willkür, die durch reinen Vernunft bestimmt werden kann, heißt es freie Willkür. KANT, Immanuel: MdS, p. 213.

esa facultad, sino también una libertad de decisión (*Entscheidungsfreiheit*) sobre la realización de las posibilidades elegidas en una acción, o sea, actuar u omitir¹¹⁸.

De este modo, el concepto kantiano de arbitrio contiene dos componentes. El primero está dado por “la capacidad de hacer u omitir según se desee”, el segundo lo constituye la “consciencia de la capacidad de la acción para producir el objeto”¹¹⁹. Arbitrio es, por lo tanto, la capacidad fáctica de llevar a cabo o no una acción, así como la conciencia de dicha capacidad¹²⁰. Resulta necesario agregar que el concepto de libre arbitrio es fundamental para comprender el concepto de libertad negativa en la *MdS*, concepto en que nos detendremos con mayor profundidad al tratar el concepto de libertad según Kant.

Kant en la *MdS* diferencia en torno a la libertad en el uso externo del arbitrio como objeto de la legalidad, de la libertad en el uso interno del arbitrio correspondiente a la moralidad¹²¹. Por tanto, la libertad en el uso externo del arbitrio es la “libertad externa”. Kant define a este tipo de libertad como la independencia del arbitrio necesario de otro.

Siguiendo a Dreier podemos afirmar que Kant pudo haber definido su concepto de derecho no sólo con la ayuda del concepto de arbitrio sino también con el concepto de “libertad”¹²². De este modo, uso externo del arbitrio y libertad externa constituyen las dos caras de una moneda. Por tanto, el concepto de derecho puede ser reformulado como “el conjunto de leyes externas (positivas y naturales) bajo las cuales la libertad de uno puede ser unificada con la libertad de los demás”¹²³.

El tercer elemento de la definición está compuesto por la frase “según una ley general de la voluntad”. Este pasaje no hace alusión sino al imperativo categórico¹²⁴ formulado por Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (*GMdS*) en los siguientes términos:

¹¹⁸MATT, Holger: *Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, 1. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 33.

¹¹⁹KANT, Immanuel: *MdS*, p. 213.

¹²⁰ALEXI, Robert: *Ob. Cit.*, p. 383.

¹²¹La libertad, a la que se refieren las leyes jurídicas, no puede ser más que la libertad en la práctica externa; pero aquella a que se refieren las segundas (leyes morales) debe ser la libertad en el ejercicio exterior e interior del arbitrio, cuando está determinado por las leyes racionales. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 214

¹²²DREIER, Ralf: *Ob. Cit.*, p. 13.

¹²³ALEXI, Robert: *Ob. Cit.*, p. 385.

¹²⁴MERLE considera que en los escritos de KANT se puede encontrar un concepto liberal de derecho y una derivación de derecho del imperativo categórico que conduce a otro concepto de derecho, que es incompatible con el concepto liberal de derecho. MERLE, Jean-Christophe: *German Idealism and the Concept of Punishment*, traducción del alemán al inglés de Joseph J. Kominkiewicz, Jean-Christophe Merle y Frances Brown, New York,

“Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”¹²⁵.

En igual sentido se pronuncia en *MdS*, cuando afirma:

“Obra según una máxima que pueda tener valor como ley general. - Toda máxima que no sea susceptible de esta extensión, es contraria a la moral”¹²⁶.

Kant, a través del imperativo categórico, no se refiere al uso externo de la libertad sino al uso interno, puesto que el mismo es una máxima moral. Es la libertad en el uso positivo, como razón legisladora. El sujeto cuando actúa de manera moral se dicta a sí mismo sus propios deberes morales. Toda máxima moral contiene dos deberes, el actuar conforme a deber y que dicho cumplimiento sea por el deber mismo¹²⁷.

El hecho de que el imperativo categórico se encuentre en el ámbito de la moral plantea el problema de cómo hacer extensible dicho principio al ámbito del derecho. Una vía de solución podría efectuarse desdoblado los deberes del imperativo categórico y exigiendo, para el caso del derecho, la sola conformidad externa, es decir el mero actuar conforme al deber. Haciendo uso de esta solución la definición de derecho de Kant quedaría finalmente reformulada en los siguientes términos: “obra externamente según normas del derecho positivo y del derecho natural de tal manera que el libre uso de tu libertad pueda coexistir con la libertad de los demás según una ley general”¹²⁸.

2.2. Diferencia entre legislación jurídica y legislación moral.

Habiendo definido el concepto de derecho según Kant, resulta necesario trazar las fronteras entre el ámbito del derecho y el de la moral puesto que dicha distinción tiene trascendencia en el ámbito de las consecuencias de la imputación. Al respecto Kant distingue:

Cambridge University Press, 2009, p. 34. Una opinión contraria a esta postura es la sostenida por WILLASCHEK quien sostiene que KANT en ningún lado dice que el principio del derecho puede ser derivado, o está basado en el imperativo categórico. La ley moral y el imperativo categórico no están en los §§ A-E de la “introducción a la doctrina del derecho” (*Einleitung in die Rechtslehre*) donde KANT introduce los principios del derecho. WILLASCHEK, Marcus: “Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals” en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 5, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 205-227.

¹²⁵Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde. KANT, Immanuel: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1881), 1. Auflage, Stuttgart, Verlag Reclam, 2012, p. 421.

¹²⁶Handle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann. – Jede Maxime, die sich hierzu nicht qualifiziert, ist der Moral zuwider. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 226.

¹²⁷KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 391.

¹²⁸ALEXI, Robert: *Ob. Cit.* p. 389.

“Toda legislación se compone de dos partes (...); **en primer lugar**, de una ley que presente como *objetivamente* necesaria la acción que debe ejecutarse; es decir, que hace de la acción un deber; **en segundo lugar**, de un motivo que relacione con la representación de la ley el principio que determina *subjektivamente* el arbitrio de esta acción. Esta segunda parte equivale, pues, a que la ley haga del deber un motivo. La ley representa la acción como deber; lo cual es un conocimiento puramente teórico de la determinación posible del arbitrio, es decir, de la regla práctica. El motivo relaciona la obligación del obrar de tal manera con el principio determinante del arbitrio general en el sujeto”¹²⁹.

De esta manera la diferencia entre derecho y moral, para ser más exactos, entre legislación jurídica y legislación moral, está dada por el origen de la conformidad del deber. En la *Crítica de la razón práctica (KpV)* Kant sostiene:

“el concepto de deber exige que la acción concuerde objetivamente con la ley, y de su máxima que respete subjektivamente la ley como modo único de determinación de la voluntad por ella. Y en esto se funda la diferencia entre conciencia de haber obrado conforme al deber o por deber, es decir, por respeto a la ley: lo primero (la legalidad) es también posible si las inclinaciones fueran solamente motivos determinantes de la voluntad; lo segundo (la moralidad), en cambio, el valor moral, sólo debe consistir en que la acción se haga por deber, es decir por amor a la ley”¹³⁰.

Mientras que en la *MdS* Kant afirma:

“La conformidad o la no conformidad pura y simple de una acción con la ley, sin tener en cuenta sus motivos, se llama legalidad (conformidad a la ley). Pero esta conformidad, en la cual la idea del deber deducida de la ley es al mismo tiempo un móvil de acción, es la moralidad (*Sittlichkeit*) de la acción”¹³¹.

Conforme al punto de vista kantiano, la moral, al tener como único móvil de la acción al deber mismo, carece de medios externos de coerción y sólo aquel tiene la aptitud de obligar

¹²⁹Zu aller Gesetzgebung (...) gehören zwei Stücken: erstlich ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, *objektiv* als notwendig vorstellt, d. i. Welches die Handlung zur Pflicht macht; zweitens eine Triebfeder, welche die Bestimmungsgrund der Willkür zu dieser Handlung *subjektiv* mit der Vorstellung des Gesetze verknüpft; mithin ist das zweite Stück dieses: daß das Gesetz die Pflicht zur Triebfeder macht. Durch das bloße theoretische Erkenntnis der möglichen Bestimmung der Willkür, d.i. praktischer Regeln ist; durch das zweite wird die Verbindlichkeit, so zu handeln, mit einen Bestimmungsgründe der Willkür überhaupt im Subjekte verbunden. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 218.

¹³⁰Der Begriff der Pflicht fordert also an der Handlung, objektiv, übereinstimmung mit dem Gesetze, an der Maxime derselbe aber, subjektiv, Achtung fürs Gesetz, als die alleinige Bestimmungsart des Willens durch dasselbe. Und darauf beruht der Unterschied zwischen dem Bewußtsein, pflichtmäßig und aus Pflicht, d.i. aus Achtung für Gesetz, gehandelt zu haben, dacon das erstere (die Legalität) auch möglich ist, wenn Neigungen bloß die Bestimmungsgründe des Willens gewesen wären, das zweite aber, (die Moralität,) der moralische Wert, lediglich darin gesetzt werden muß, daß die Handlung aus Pflicht, d.i. bloß um des Gesetzes willen, geschehe. KANT, Immanuel: *Kritik der praktischen Vernunft* (1788) , 1. Auflage, Stuttgart, Reclam Verlag, 2013, p. 144.

¹³¹Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 219.

(auto-obligación) al sujeto. En este esquema de pensamiento “los preceptos de la moral obligan a todos, sin tener en cuenta las inclinaciones; y simplemente por la razón de que todo hombre es libre y está dotado de una razón práctica”¹³².

El derecho, por el contrario, apela a motivos distintos al propio deber, es decir, a la coerción externa para obtener del destinatario la conducta deseada. O en otros términos, al derecho sólo le interesa la conformidad de la conducta externa con el deber, obviando cuáles han sido los motivos que han impulsado al sujeto a actuar conforme a lo que la ley exige.

Como hemos analizado en los dos puntos anteriores podemos concluir que si bien Kant divide la *MdS* en la teoría del derecho (*Rechtslehre MdS-R*) y la teoría de la virtud (*Tugendlehre MdS-T*) el núcleo de la relación entre ambas teorías consta de dos aspectos. El primero, tanto la teoría del derecho como la teoría de la virtud pueden ser derivadas del mismo principio, que no es otro que el imperativo categórico. Esta derivación, en caso de la ley, no implica ningún debilitamiento de la moralidad: la obligación moral permanece idéntica¹³³. El segundo, la diferencia entre ambas teorías yace en los motivos de su respectiva comisión. La ejecución de la doctrina del derecho sólo tiene que lidiar con la coerción como su motivación, mientras la doctrina de la virtud es responsable por la ejecución por deber¹³⁴.

3. La regla “deber implica poder”: presupuesto de toda imputación.

Kant, en la Introducción a la *MdS*, sostiene que:

“la *obligación* es la necesidad de una acción bajo un imperativo categórico de la acción libre bajo un imperativo categórico de la razón”¹³⁵.

En dicha definición no se encuentra de manera expresa la regla que reza que para poder cumplir con el imperativo categórico de la razón, el sujeto debe ser capaz de seguir la regla, conocido como la regla “todo deber implica su correspondiente poder” (*jedes Sollen impliziert das entsprechende Können!*). No obstante su omisión, es posible considerar de manera implícita la presunción que todo individuo obligado posee también la capacidad de cumplir

¹³²KANT, Immanuel: *MdS*, p. 215.

¹³³El área del derecho abarca todo deber moral que también puede ser cumplido por deber. En otras palabras, el derecho debe facilitar el cumplimiento de todo deber moral que puede ser cumplido a través de la coerción por la coerción misma (esto es, a través de la amenaza de la coerción y de la aplicación de la coerción). MERLE, Jean-Christophe: *Ob. Cit.*, p. 28.

¹³⁴MERLE, Jean-Christophe: *Ob. Cit.*, p. 27.

¹³⁵*Verbindlichkeit* ist die Notwendigkeit einer freien Handlung unter einem kategorischen Imperativ der Vernunft. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 222.

con su requerimiento. Puesto que cuando mi razón me dicta un deber y me dice que la aplique en la situación concreta, ella también me dice que puedo cumplirla. Según Byrd y Hruschka, la implicación contenida en “deber implica poder” puede ser vista tanto desde una perspectiva prospectiva y una retrospectiva de las acciones que cometemos u omitimos¹³⁶.

Desde la aplicación prospectiva, un determinado deber puede consistir en la obligación de actuar expresado en un mandato (¡debes prestar auxilio!) o bien en la obligación de omitir mediante una determinada prohibición (¡no matar!). Cuando afirmamos que el sujeto ha infringido el deber, el “deber” de la fórmula “deber” implica “poder” no es el “deber general de la regla”, sino el concreto “deber” en la aplicación (prospectiva) de la regla en una situación particular. No se trata de la norma por sí misma, sino más bien la aplicación de la regla, la que implica “poder”¹³⁷. Cuando hace uso Kant del adagio legal “*ultra posse nemo obligatur*” (nadie está obligado más allá de su habilidad) está haciendo referencia a la regla del “deber implica poder”¹³⁸, puesto que “*ultra posse nemo obligatur*” formula “poder” como una condición necesaria para el “deber”. Sí, el “deber” es una condición necesaria para el “deber”, luego el “deber” es una condición suficiente para el “poder”. A modo de síntesis, desde la aplicación prospectiva de la regla “deber implica poder”, asumir una obligación significa asumir que la persona que está obligada es libre de emprender el acto que está obligada a realizar¹³⁹.

La regla prospectiva (¡debes prestar auxilios!, ¡no debes matar!) puede ser reformulada, desde la perspectiva opuesta, en una regla retrospectiva: (¡quien fracasa en prestar auxilio en una emergencia violó el sistema relevante de reglas! ¡Quién mató a otro lesionó el sistema relevante de normas!”). Luego, la aplicación de esta regla retrospectivamente podría ser formulada como “X actuó ilícitamente”. Aplicando retrospectivamente dicha regla asume e implica que la persona (X), a quien la regla le es aplicada, era capaz de seguir los requerimientos de la regla. Esta aplicación corresponde a la implicación en la prospectiva de “deber implica poder”. Según Byrd y Hruschka, Kant toma de Christian Wolff la regla

¹³⁶BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: *Kant's Doctrine of Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 294.

¹³⁷Si le digo a (A) “debes prestar primeros auxilios (una aplicación de la regla de deber), luego se sigue en mi opinión que (A) es capaz de prestar primeros auxilios. Esta implicación es exactamente lo que “deber” implica “poder” significa. Mi aplicación de la regla en la situación concreta implica que pienso que (A) puede prestar auxilio. De otro modo sería un sinsentido para mí llamar a (A) y contarle que asuma ese acto. BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: Ob. Cit., p. 295.

¹³⁸KANT, Immanuel: MdS-R, p. 370.

¹³⁹BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: Ob. Cit., p. 296.

siguiente: “de la aplicación de la ley a un hecho está claro que el acto es tal que puede ser imputado”, en esta frase “ley” significa la regla formulada retrospectivamente; “hecho” es un acto que puede ser imputado a una persona. De este modo la afirmación de Wolff significa que el juez al aplicar retrospectivamente la regla a un hecho, asume en su aplicación que el acto puede ser imputado al actor. Para Wolff, esta imputación es la misma que asumir que la persona a la cual un acto ha de ser imputado era la causa libera de la acción. De acuerdo con esto, la afirmación de Wolff no es diferente que la formulación de la prospectiva “deber” implica “poder”. La correspondencia retrospectiva de “poder” es la imputación del acto al cual la ley es aplicada. Si la imputación de un acto es una condición necesaria para aplicar retrospectivamente una ley, luego aplicar la ley a un acto es condición suficiente para imputar el acto. De esto se sigue que siempre que una ley es aplicada, es aplicada a un acto de alguien como el acto de una persona¹⁴⁰.

La importancia de la regla antes tratada tiene trascendencia para la aplicación de las reglas de imputación, puesto que los niveles de imputación que analizaremos a continuación tienen como presupuesto lógico que el autor que infringe la norma se encuentre en la posibilidad de poder cumplir con la misma.

4. Los niveles de la imputación.

Del concepto de imputación de Kant es posible inferir dos juicios de imputación, aplicables a toda forma de imputación. El primero de ellos consiste en atribuir un suceso a un sujeto, a partir del cual dicho suceso se llama “hecho” y el sujeto es considerado su “artífice” (*Urheber* o *causa libera*). El segundo de los juicios, por su parte, consiste en imputar el hecho como meritorio o demeritorio, según el caso. El primero de los juicios es idéntico para toda forma de imputación, en el segundo se visualizan las consecuencias diversas según estemos en presencia de una imputación jurídica, o bien, de naturaleza moral.

4.1. La *imputatio facti* (la imputación del hecho).

La imputación en tanto juicio afirma, o en su caso niega, una determinada relación entre dos términos: por un lado un sujeto, artífice (*Urheber*), y en el otro extremo, la acción, objeto de dicho juicio. Acción (*Handlung*), en términos de Kant, es un mero suceso acaecido, en el cual

¹⁴⁰BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: Ob. Cit., pp. 296-297.

un determinado sujeto se ve inmerso¹⁴¹. Con otras palabras, la acción es el mero proceso que el sujeto lleva a cabo¹⁴². El paso de la mera acción al hecho (*Tat*) se produce mediante el primer juicio de imputación que conlleva una valoración, y con ello una transformación, en términos de recreación de la realidad. De esta manera el “hecho” es el resultado de un juicio de atribución mediante el cual se considera el fenómeno acaecido como proveniente de una persona libre, es decir, en tanto “*causa libera*”. Por tanto, el hecho no existe como algo previamente dado, sino que surge del mismo proceso de imputación. Kant en *Reflexionen zur Moralphilosophie (RMP)* define el hecho (*factum*) de la siguiente manera:

“cuando algo puede ser contemplado como una acción libre, que según las leyes morales no es necesaria, de tal manera es un factum”¹⁴³.

Según Kant, sólo pueden ser imputadas las acciones fundadas en la libertad. Por ello Kant no imputa, ni siquiera como simple hecho las acciones debidas. En *RMP* resume esta idea de la siguiente manera:

“la acción es imputada, en la consideración que alguien es libre, o sea no está forzado ni objetiva ni subjetivamente”¹⁴⁴.

Si bien en la *MdS* a los hechos debidos sólo se refiere, como veremos más adelante, con motivo de la imputación de las consecuencias. En la *MdS-V* vuelve a reafirmar la idea que en la ejecución de una acción realizada de conformidad al deber impuesto por la norma, el autor permanece bajo la ley, y por lo tanto no es *causa libera* de su acción¹⁴⁵. Por consiguiente, para poder imputar un suceso como *factum*, Kant tiene en cuenta la norma respecto con la cual la acción es medida. Es decir, la atribución del hecho al *Urheber* se produce conforme a reglas que tanto el sujeto imputante (el juez o tribunal) como el sujeto imputado (*Urheber* o *causa*

¹⁴¹HRUSCHKA, Joachim: „Die Würde des Menschen bei Kant“ en „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, herausgegeben von der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Band 88/3, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2002, p. 477.

¹⁴²SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 84.

¹⁴³KANT, Immanuel: „Reflexionen zur Moralphilosophie“ en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der preußischen Akademie der Wissenschaften, Band 19, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1934, Nr. 6783 p. 159.

¹⁴⁴imputirt wird die Handlung, in Ansehung deren jemand frei ist, d.i. weder objektiv noch subjektiv gezwungen ist. KANT, Immanuel: „Reflexionen zur Moralphilosophie“ en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der preußischen Akademie der Wissenschaften, Band 19, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1934, Nr. 6777, p. 157.

¹⁴⁵Die Beobachtung des Rechtsgesetzes ist unbedingt geboten, der Handelnde kann und darf dabey nicht auf Vortheile oder Nachtheile Rücksicht nehmen, die für den andern daraus fließen, wenn er das Gesetz befolgt. Es steht nicht bey ihm, es nicht zu befolgen, er steht unter der Pflicht und ist also nicht causa libera (auctor) seiner Handlung. KANT, Immanuel: *MdS-V*, p. 560.

libera) conocen y emplean. En este primer juicio de imputación existe un proceso circular, un ir y venir entre la ley y el hecho. Kant es consciente de este proceso circular cuando afirma:

“en la determinación de las *circumstantiarium in facto*, para encontrar los *momenta in facto* es ya necesario tomar en consideración la ley, puesto que, si bien la ley todavía no se imputa, contribuya a la total fijación del *factum* mismo”¹⁴⁶.

Aunque en la imputación al hecho todavía se ha valorado ese hecho en relación a la ley, como adecuado o contrario a la norma, ya se ha tenido en consideración a la ley con la que, acto seguido, se medirá el hecho¹⁴⁷ (*applicatio legis ad factum*). Así, el primer juicio de imputación consiste en considerar un suceso como hecho a partir de la consideración de una ley cuya función es la fijación del hecho, ley que tanto el *Urheber* como el sujeto imputante aplican. La imputación del hecho posibilita además, luego de su valoración, proceder al segundo nivel de imputación¹⁴⁸.

4.1.1. La imputación al hecho: ¿imputación de la acción o también imputación de las consecuencias?

Respecto del primer juicio de imputación, se plantea la cuestión de si Kant considera que la imputación al hecho comprende sólo la imputación de la acción o también la imputación de los efectos (resultados).

En este punto Hill sostiene, contrariamente a la postura mayoritaria que centraliza el primer estadio de imputación en la atribución de la acción (*Handlung*), que Kant abarca en su *imputatio facti* a los efectos. Para ello se basa en la teoría del lenguaje, sosteniendo que algunas descripciones de actos en sí mismos contienen referencias a los “efectos”. Por ejemplo, podríamos decir “lo que el mayordomo hizo” fue “matar al cocinero” y el efecto fue “el cocinero estaba muerto”. Aquí el acto y el supuesto efecto son conceptualmente inseparables, y entonces imputar el acto es imputar el efecto. Pero en la discusión de la imputación de consecuencias, Kant aparentemente tiene en mente casos en que el efecto (resultado, consecuencias) no son contingentes en relación a los actos, así como “el

¹⁴⁶Bey Ausmittlung der circumstantiarium in facto ist es, um die momenta in facto zu finden, schon nöthig, auf das Gesetz Rücksicht zu nehmen, da, wenngleich hierdas Gesetz schon nicht imputiert wird, es doch zur völligeren Bestimmung des facti selbst beiträgt“. KANT, Immanuel: „Metaphysik der Sitten Vigilantius“ (1793-1794) en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der Akademie der Wissenschaften der DDR, Band 27/4-2.Häfte-1. Teil, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1974, p. 563.

¹⁴⁷SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 85.

¹⁴⁸SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 86.

mayordomo mató al cocinero” y “luego las cenas fueron menos sabrosas” – o más seriamente, “el mayordomo apuñaló al cocinero” y “el cocinero murió”. En estos casos, imputar actos es conceptualmente diferente a imputar los efectos¹⁴⁹.

Otro punto de vista, por nosotros defendido, consiste en distinguir entre imputar una acción e imputar las “consecuencias” de esa acción, sean las consecuencias buenas o malas. Kant distingue entre las consecuencias “físicas” y “legales” de un acto. Las primeras son los efectos de la acción en el mundo sensible, las segundas son los efectos de la acción en el mundo inteligible. Cuando nos indagamos sobre la imputación de las consecuencias de una acción es fácil de considerar la cuestión de imputar en primer lugar las consecuencias físicas. Así, los resultados que alcanzamos pueden ser transferidos a la imputación de las consecuencias legales¹⁵⁰. La imputación de una acción no implica necesariamente la imputación de las consecuencias. Kant se manifiesta de manera crítica a la regla del *versari*¹⁵¹ reemplazando dicha regla con dos reglas propias, ellas son: por un lado, el *modus imputationis tolles*, y por otro, el *modus imputationis ponens*, mediante las cuales son tenidos en cuenta a los efectos de las consecuencias jurídicas sólo determinados efectos.

4.2. La valoración del hecho conforme a la ley: ¿Una categoría en la teoría kantiana?

Es discutible si Kant distingue entre la operatoria de imputar el hecho y la de comparar del hecho con el deber de actuar u omitir (valoración del hecho). En la *MdS* parece insinuar dicha distinción cuando sostiene:

“Lo justo o lo injusto (*rectum aut minus rectum*) es en general un hecho conforme o no con el deber (*factum licitum aut illicitum*)”¹⁵².

En el caso del *factum licitum*, el sujeto realiza el hecho conforme al deber y, por tanto, el hecho es considerado “debido”. En el caso del *factum illicitum*, por el contrario, el hecho no

¹⁴⁹HILL, Thomas E. (jr.): JRE (1994) B. 2, p. 162.

¹⁵⁰Cuando imputamos las consecuencias de una acción, tendemos a pensar primeramente en imputar las consecuencias físicas. Imputamos al automovilista que ha atropellado intencional o negligentemente a otro ser humano no solo la acción de atropellar a otro sino también el resultado de muerte de la víctima. Pensamos en imputar las consecuencias legales de un acto cuando, por ejemplo, decimos: “el sólo es el responsable para ser punido criminalmente”. BYRD Sharon, HRUSCHKA Joachim: *Kant's Doctrine of Right*, p. 301.

¹⁵¹La regla del *versari* reza “a quien que involucra el mismo en un asunto prohibido toda consecuencia de la ofensa le es imputada”. De acuerdo con la regla *versari*, las consecuencias (físicas o legales) de un acto prohibido son siempre imputadas al autor sin resguardar si las consecuencias eran previsibles para la persona razonable o para el autor mismo. BYRD Sharon, HRUSCHKA Joachim: *Ob. Cit.*, pp. 301-302.

¹⁵²Recht oder Unrecht (*rectum aut minus rectum*) überhaupt ist eine Tat, sofern sie pflichtmäßig oder pflichtwidrig (*factum licitum aut illicitum*). KANT, Immanuel: *MdS*, pp. 223-224.

se adecua al deber. Es en relación a este segundo grupo de casos respecto de los cuales se plantea la posibilidad de realizar un segundo juicio de imputación.

Hruschka, por su parte, considera que Kant en la *MdS* ya demuestra conocer con total exactitud la distinción que existe entre justificación (*applicatio legis ad factum*) y exculpación (*imputatio iuris*). Dicho argumento lo funda en la interpretación del siguiente pasaje:

“Este pretendido derecho consiste en la facultad moral de defender mi vida, dando muerte a quien no me hace daño. Es evidente que aquí debe haber un conflicto del derecho consigo mismo, porque no tratemos aquí del agresor injusto que atenta a mi vida, del que me defiende matándole (*jus inculpatae tutelae*), caso en el cual la recomendación o moderación (*moderarem*), no corresponde siquiera al derecho, sino a la moral; sino que se trata de la violencia lícita contra el que no la ha usado conmigo, lo cual es prohibido por el derecho positivo.

Claro es que esta aserción no debe entenderse objetivamente, según el mandato de una ley, sino sólo en el sentido subjetivo, y tal como se pronunciaría la sentencia en justicia. En efecto no puede haber ninguna ley penal que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza, apoderándose de la tabla con cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora, nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tendría fuerza alguna represiva; porque la amenaza de un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia del juez) no puede igualar al tenor de un mal seguro (el de perecer ahogado). Por consiguiente, el hecho de la conservación mediante la violencia, no debe ser considerado como inocente (*inculpabile*), es cierto, sino únicamente como incastigable (*impunibile*)”¹⁵³.

Según Hruschka, el pasaje transcrito establece una diferenciación entre justificación y exculpación. Explicando, además, que una causa de exculpación “no pertenece al sistema de

¹⁵³Dieses vermeinte Recht soll Befugnis sein, im Fall der Gefahr des Verlustes meines eigenen Lebens, einem anderen, der mit nichts zuleide tat, das Leben zu nehmen. Es fällt in die Augen, daß hierhin in Widerspruch der Rechtslehre mit sich selbst enthalten sein müsse: - denn es ist hier nicht von einem ungerechten Angreifer auf mein Leben, dem ich durch Beraubung des seinen zuvorkomme (*ius inculpatae tutelae*), die Rede, wo die Anempfehlung der Mäßigung (*moderamen*) nicht einmal zum Recht, sondern nur zur Ethik gehört, sondern von einer erlaubten Gewalttätigkeit geben den, der keine gegen mich ausübte.

Es ist klar, daß diese Behauptung nicht objektiv, nach dem, was ein Gesetz vorschreiben, sondern bloß subjektiv, wie vor Gericht die Sentenz gefällt werden würde, zu verstehen sei. Es kann nämlich kein Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkennt, der im Schiffbruche, mit einem anderen in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten, denn die durchs Gesetz angefrohte Strafe könnte docht nicht größer sein als die des Verlustes des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch ungewiß ist (dem Tod durch den richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Übel, was gewiß ist (nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen. Also ist die Tat der gewalttätigen Selbst erhaltung nicht etwa als unsträflich (*inculpabile*), sondern nur als unstrafbar (*impunibile*) zu beurteilen. KANT, Immanuel: *MdS-R*. pp. 235-236.

derecho”. De las afirmaciones de Kant se desprende que un hecho cometido en legítima defensa “no merecería pena” (*unsträflich*), traduciendo la palabra latina “*exculpatio*” como causal de justificación. Por consiguiente, un autor que obra en legítima defensa estaría al amparo de una exculpación. Por el contrario, en el caso de Carnéades, el autor no está amparado por exculpación alguna, siendo su autor un “*factum culpabile*”. Pero en este caso el autor gozaría del beneficio de un argumento cuyo efecto es el mismo al de una causa de Justificación¹⁵⁴. Kant define a la permisión de la siguiente manera:

“Una acción que no es mandada ni prohibida, es simplemente permitida, porque respecto de ella no hay ley que se imponga a la libertad (facultad moral, derecho) y por tanto no hay deber. Una acción de esta especie se llama moralmente indiferente (*indifferens, adiaphoron, res merae facultatis*)”¹⁵⁵.

De acuerdo a la interpretación que hace Hruschka del concepto de “justificación” según Kant, éste debe entenderse objetivamente formando parte de aquello que una ley prescribiría. Al término “prescribir” (*Vorschreiben*) lo entiende en sentido amplio, abarcando no sólo las prohibiciones y prescripciones sino también las permisiones legales¹⁵⁶. Así, toda ley permisiva le corresponde desde el punto de vista *ex post* (retrospectiva) una causa de justificación. Sin embargo, este paralelismo no sería posible en las causas de exculpación, puesto que este tipo de excepciones se hallan fuera del sistema de reglas del derecho (sistema de prescripciones, prohibiciones y permisiones)¹⁵⁷. Según Hruschka, las causas de exculpación forman un sistema de reglas propio¹⁵⁸. Ante estos hechos la ley penal no cumple ningún efecto disuasorio, por lo tanto, sería absurdo penar al sujeto por un hecho cometido ante estas circunstancias, con lo cual este hecho queda como impune (*factum impunibile*)¹⁵⁹.

¹⁵⁴HRUSCHKA, Joachim: „Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Kareneades bei Gentz und bei Kant“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Hedeilberg, R. V. Decker’s Verlag G. Schenk, 1991, pp. 8-9.

¹⁵⁵Eine Handlung, die weder geboten noch verboten ist, ist bloß erlaubt, weil es Ansehung ihrer ger kein die Freiheit (Befugnis) einschränkendes Gesetz und also auch keine Pflicht gibt. Eine solche Handlung heißt sittlich-gleichgültig (*indifferens, adiaphoron, res merae facultatis*). KANT, Immanuel: MdS, p. 223.

¹⁵⁶KANT, Immanuel: MdS, p. 223.

¹⁵⁷Para mayor ahondamiento respecto al sistema de reglas que presenta HRUSCHKA, véase HRUSCHKA, Joachim: „Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz“ en „Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer“, herausgegeben von Rüdiger Krause, Wilfried Veelken und Kalus Vieweg, Berlin, Dunker & Humblot, 2004, pp. 775-788.

¹⁵⁸Según HRUSCHKA la distinción efectuada por KANT entre los *facta imputabile* y los *facta impunibilia* se basa, desde el punto de vista histórico, en la distinción formulada por DARIES entre *exceptiones secundum* y *exceptiones contra leges institutae*. HRUSCHKA, Joachim: GA (1991), pp. 9-10.

¹⁵⁹HRUSCHKA, Joachim: GA (1991), p. 10.

Fundado en estos argumentos conforme a su interpretación del modelo de imputación de Kant, Hruschka entiende que las causas de justificación pertenecen a la valoración del hecho conforme a la norma (*applicatio legis ad factum*), no siendo estrictamente un juicio de imputación sino sólo una valoración del hecho previamente atribuido al *Urheber* (*imputatio facti*) conforme a un baremo (la norma de conducta desde la perspectiva *ex post*). La relación del hecho y la norma, que sirve como baremo de valoración (norma de conducta en su función retrospectiva), puede adoptar los siguientes matices: puede ser “más de lo que la ley requiere” (meritorio), “menos de lo que la ley requiere (demerito), o “exactamente lo que la ley requiere” (debido). Especial atención merecen aquellas acciones que o bien producen más de lo que la ley exige o permanecen por debajo de lo que la ley exige dado que en ellas y sólo en ellas se reacciona con una sanción, sea ahora a través de una recompensa o a través de una pena¹⁶⁰. Una vez valorado el hecho, en la medida que el mismo no concuerde que con lo exigido por el deber, se procederá a la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*)¹⁶¹. A éste ámbito de normas pertenecería el supuesto tratado por Kant de la tabla de Carnéades. Este caso no sería más que un supuesto en el que la conducta desvalorada no puede serle imputada al sujeto a título de demérito porque el sujeto no puede comportarse de otro modo¹⁶².

Sin embargo, el hecho de que Kant solamente impute como “hecho” las acciones no debidas, es decir aquellas que se ubican por encima o por debajo de la norma que sirve como baremo de medición, nos lleva a concluir que Kant no distingue de manera precisa entre *imputatio facti* y *applicatio legis ad factum*. Lo lógico habría sido que hubiese imputado la acción como mero hecho y luego la mida con la norma de conducta. Además, esta confusión se manifiesta explícitamente en la *MdS-V* cuando Kant afirma:

¹⁶⁰JOERDEN, Jan C: „Zwei Formeln in Kants Zurechnungslehre“, en „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, herausgegeben von der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1991, p. 526.

¹⁶¹De manera discrepante respecto de esta interpretación se pronuncia SÁNCHEZ-OSTIZ quien sostiene que cuando KANT menciona hace uso de los conceptos *imputatio facti* e *imputatio iuris* los utiliza de una manera incorrecta habiendo una confusión entre la medición del hecho con arreglo a la ley y su imputación a título de mérito o de demérito, esto es, respectivamente la *applicatio legis ad factum* y la *imputatio iuris*. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 106.

¹⁶²Casos en que el sujeto (a pesar del conocimiento de la regla en cuestión) en la ejecución de la acción está impedido de seguir esa regla. HRUSCHKA, Joachim: *Strukturen der Zurechnung*, p. 44.

“La imputatio legis es entonces la applicatio legis ad factum sub lege sumtum”¹⁶³.

4.3. El segundo nivel de imputación: la imputación a título de mérito o de reproche.

El segundo paso del proceso de imputación es la atribución del hecho valorado a título de “mérito” o de “demérito”, en el caso de la imputación moral, o de imputación a título de “recompensa” o “culpabilidad”, en el ámbito de la imputación jurídica.

Como hemos hecho referencia con anterioridad, Kant traza un paralelismo entre los presupuestos para la imputación de las buenas consecuencias, imputación meritoria o supererogatoria y los presupuestos de la imputación demeritoria o imputación a título de reproche. Este paralelismo existente entre ambos tipos de imputación está mediado por la diferencia existente entre el actuar moral y el actuar jurídico, puesto que conforme al primero el sujeto sólo actúa siguiendo el deber moral, en el caso del derecho el autor actúa por móviles diversos al deber (coacción).

En la imputación moral el hecho puede ser atribuido a título de mérito o a título de demérito. Kant define al mérito al definir el concepto de imputación en los siguientes términos:

“El mérito (*meritum*) consiste en hacer algo conforme al deber, además de lo estrictamente exigible por la ley”¹⁶⁴.

En la teoría de la virtud (*MdS-T*) Kant vuelve a tratar el mérito del hecho de una manera parcialmente diversa a la tratada en el concepto de imputación. Al respecto sostiene:

“los deberes imperfectos son, así, meros *deberes de virtud*. Su cumplimiento es *meritorio (meritum)* = +a; mientras que su transgresión no es *demérito (demeritum)* = -a, sino sólo *carencia de valor moral* = 0, salvo que fuera un principio para el sujeto no someterse a aquellos deberes”¹⁶⁵.

En este tipo de imputación, los hechos que sean correctos, como también los que excedan del deber, se imputan a título de mérito (*meritum*), puesto que el hecho se ha realizado siguiendo el deber moral; en estos casos el autor ha realizado una actuación ética dado que el autor se ha

¹⁶³Die Imputatio legis ist also die applicatio legis ad factum sub lege sumtum. KANT, Immanuel: MdS-V, p. 562.

¹⁶⁴Was jemand pflichtmäßig mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (*meritum*). KANT, Immanuel: MdS, p. 227.

¹⁶⁵Die unvollkommenen Pflichten sind also allein *Tugendpflichten*. Die Erfüllung derselben ist *Verdienst (meritum)* = +a: ihre Übertretung aber ist nicht sofort *Verschuldung (demeritum)* = -a, sondern bloß moralischer *Unwerth* = 0, außer wenn es dem Subjekt Grundsatz wäre, sich jenen Pflichten nicht zu tun fügen. KANT, Immanuel: MdS-T, p. 390.

impuesto a sí mismo un deber moral. Por el contrario, los que quedan por debajo del deber, son considerados demeritorios. Al respecto Kant sostiene:

“cualquier acción contraria al deber se llama *transgresión (peccatum)*”¹⁶⁶.

Sin embargo, la imputación ética, al estar fundada en el deber moral, carece de la coacción; por lo tanto, no hay posibilidad de imputar el hecho a título de demérito ya que se carece de lo único que fundamenta este tipo de imputación, que no es otra cosa que el deber moral que se auto-impone el sujeto. Conforme a este modo de razonamiento, tampoco la mera omisión de un deber de moral puede ser imputada.

En la imputación jurídica, en cambio, sí es posible imputar las consecuencias que se ubican por debajo de lo exigido por la norma. En este tipo de imputación, una vez imputado el hecho al artífice y medido con respecto a la norma, tiene lugar un segundo juicio de imputación (*imputatio iuris*) conforme al cual ese hecho es considerado recompensa, si el sujeto realiza más de lo debido o a título culpabilidad, si el sujeto realiza menos de lo exigido por la norma. Resulta necesario aclarar que para Kant los hechos debidos no son imputados y el proceso se detiene en el primer nivel de imputación. Al respecto Kant sostiene:

“... la adecuación de la conducta a lo que es debido no tiene efecto jurídico”¹⁶⁷.

En este caso la no atribución de efectos jurídicos a la conducta debida es una consecuencia lógica de la falta de imputación de primer nivel. Dado que el autor no actúa libremente sino en cumplimiento del deber, Kant considera a dicha acción como no libre y, por lo tanto, niega que la acción del autor sea un “*factum*” imputable. Esta afirmación no la realiza en la MdS, sino que aparece en obras posteriores considerando que ninguna conducta que se encuentre bajo la obligación de actuar u omitir puede ser imputada siendo sólo imputable las acciones basadas en la libertad¹⁶⁸. Hubiese sido más adecuado que en vez de utilizar la afirmación anterior Kant hubiese dicho “la adecuación de la conducta a lo que es debido no constituye un hecho”.

Respecto de sus consecuencias Kant afirma:

¹⁶⁶Eine jede pflichtwidrige Handlung heißt *Übertretung (peccatum)*. KANT, Immanuel: MdS-T, p. 390.

¹⁶⁷Die Angemessenheit des Verfahrens zur Schuldigkeit hat gar keinen rechtlichen Effekt. KANT, Immanuel: MdS, p. 228.

¹⁶⁸Nada que sea conforme a las leyes y, en cuya consideración estamos obligados a cometer u omitir algo puede ser imputado. Luego, sólo una acción, que se basa en la libertad, es imputable, y la libertad misma no es nada más que la capacidad de imputación (*receptivitas imputationis*). KANT, Immanuel: MdS-V, p. 564.

“Las consecuencias buenas o malas de una acción debida – lo mismo que las consecuencias de la omisión de una meritoria – no pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis tollens*).

Las consecuencias buenas de una acción meritoria – lo mismo que las consecuencias malas de una acción injusta - pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis ponens*).”¹⁶⁹.

Mediante el uso de las expresiones *modus imputationis ponens* y *modus imputationis tollens*, Kant está aludiendo a dos conceptos comúnmente usados en lógica: *modus ponens* y *modus tollens*¹⁷⁰. Kant a través de *modus imputationis tollens* quiere significar que las consecuencias de una acción debida no son reprochables, del mismo modo que dejar de realizar algo que va más allá de lo debido. El *modus imputationis ponens*, por su parte, permite imputar tanto las consecuencias buenas de una acción meritoria como las consecuencias malas de la acción reprochable.

De la síntesis de ambas reglas podemos afirmar que una condición necesaria para la imputación de las consecuencias de una acción es que la acción sea o una acción ilícita o una acción meritoria, puesto que las consecuencias de una acción debida no son imputadas. Sólo las malas (y no las buenas) consecuencias de un acto ilícito y sólo las buenas (y no las malas) consecuencias de un acto meritorio son imputables. Imputar buenas consecuencias de una acción ilícita sería contra-intuitivo. Del mismo modo sería contra-intuitivo imputar las malas consecuencias de una acción meritoria¹⁷¹.

Si analizamos el pasaje de Kant sobre las consecuencias de la imputación podemos llegar a la conclusión de que, desde el punto de vista de las malas consecuencias (atribución a la culpabilidad), las afirmaciones de Kant son las siguientes: (1) las malas consecuencias de un acto que fue debido (exactamente requerido) (*debitum*) no pueden ser imputadas al agente, (2) las malas consecuencias de no hacer lo que es meritorio tampoco puede ser imputadas, (3) las malas consecuencias de actos incorrectos pueden ser imputadas¹⁷².

¹⁶⁹Die guten oder schlimmen Folgen einer schuldigen Handlung, imgleichen die Folgen der Unterlassung einer verdienstlichen, können dem Subjekte nicht zugerechnet werden (*modus imputationis tollens*).

Die guten Folgen einer verdienstlichen, imgleichen die schlimmen Folger einer unrechtmäßigen Handlung können dem Subjekte zugerechnet weden (*modus imputationis ponens*). KANT, Immanuel: MdS, p. 228.

¹⁷⁰Ambos conceptos asumen la verdad de la implicación $p \rightarrow q$. Para el *modus ponens* también asumimos la verdad de p, de la cual seguimos que q es verdadera. Para el *modus tolles* asumimos que q es falsa, de lo cual se sigue que p es también falsa. BYRD Sharon, HRUSCHKA Joachim: *Kant's Doctrine of Right*, p. 302.

¹⁷¹BYRD Sharon, HRUSCHKA Joachim: Ob. Cit., p. 305.

¹⁷²HILL, Thomas E. (jr.): “Kant on Responsibility for Consequences” en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 161.

Respecto de la imputación del hecho a título de recompensa, es necesario que el *Urheber* actúe en vistas de dicha recompensa: no basta un mero conocimiento de las circunstancias del hecho que estarían implícitas en la imputación del suceso como hecho, se requiere además que el sujeto conozca el carácter recompensado del hecho establecido por ley¹⁷³. No hay hecho sin conciencia del sujeto. Y la conciencia es diferente según recaiga sobre la mera realización del hecho, o bien, sobre el carácter del hecho como meritorio (o reprobado, según el caso). La imputación exige ambas formas de conciencia.

Las mismas exigencias deben extraerse respecto de la conducta que realiza menos de lo exigido. No basta para atribuir el hecho como culpable que el autor conozca las circunstancias del hecho, se requiere además que el sujeto conozca el carácter prohibido de la conducta o, en otros términos, el actor debe saber que la conducta está amenazada con pena. Este requisito puede deducirse del concepto de dolo utilizado por Kant cuando sostiene:

“una transgresión realizada sin dolo que, no obstante, puede ser imputada, se llama simple culpa (*culpa*). Una realizada con dolo (esto es, aquella que está ligada a la conciencia de que es una infracción) se llama delito (*dolus*)”¹⁷⁴.

Resulta necesario destacar que Kant utiliza el concepto de dolo no en los términos de la dogmática jurídico-penal actual, es decir como dolo avalorado, sino como dolo desvalorado, cuyo objeto es el conocimiento y voluntad de la conducta ilícita.

En síntesis, la imputación plena tal como la plantea Kant implica el conocimiento de los motivos del agente que acompañan al hecho en cuestión: tanto el carácter prohibido, si se trata de un delito, como del carácter recompensado, si se trata de algo meritorio¹⁷⁵.

5. Imputación, persona y libertad.

Kant considera a la persona como centro de imputación; toda *causa libera* tiene, según el planteamiento kantiano, su origen en la persona humana. Sólo las personas pueden ser

¹⁷³SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 112.

¹⁷⁴Eine unvorsätzliche Übertretung, die gleichwohl zugerechnet werden kann, heißt bloße Verschuldung (*culpa*). Eine vorsätzliche (d.i. diejenige, welche mit dem Bewußtsein, daß sie Übertretung sei, verbunden ist) heißt Verbrechen (*dolus*). KANT, Immanuel: MdS, p. 224.

¹⁷⁵“Tal conciencia se separa del conocimiento de las circunstancias del hecho (*factum*), que iría implícito en la consideración del agente como causa libera, pero esta conclusión –según entiendo– no se encuentra explícitamente en la metafísica de las costumbres”. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 135.

pasibles de imputación, puesto que el acto mismo de la atribución de responsabilidad se afirma en su libertad. Kant, en la introducción de la *MdS*, sostiene:

“Persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación. La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional bajo leyes morales; la personalidad psicológica, en cambio, es la mera capacidad de ser consciente de la identidad de sí mismo en los diversos estados de su existir; presupone, entonces, que la persona no está sometida a otras leyes que las que ella (bien sola, bien por lo menos junto con otros) se da a sí misma.

Una cosa es lo que no es susceptible de ninguna imputación. Todo objeto del libre arbitrio, que carece de libertad por sí, se llama, pues, cosa (*res corporalis*)”¹⁷⁶.

Kant opone en el pasaje anterior el concepto de “persona” al de “cosa”, no siendo ésta última susceptible de imputación alguna. Para el filósofo de Königsberg, persona y ser humano no son términos equivalentes puesto que no todo ser racional es considerado como persona. Esta distinción la formula con mayor claridad en su teoría de la virtud cuando afirma que:

“En el sistema de la naturaleza el hombre (*homo phaenomenon, animal rationale*) es un ser de escasa importancia y tiene como los demás animales, en tanto que productos de la tierra, un precio común (*pretium vulgare*). Incluso el hecho de que les aventaje en el entendimiento y pueda proponerse fines a sí mismo, sólo le da el valor externo de su utilidad (*pretium usus*), el valor de un hombre para otro, i.e. un precio como un bien en el intercambio con esos animales como cosas, por lo cual el aún tiene un más bajo valor que el significado universal de intercambio, el dinero, cuyo precio es llamado eminente (*pretium eminens*).

Ahora bien, el hombre considerado como persona, es decir, como sujeto de una razón práctica moral, está situado por encima de todo precio, porque como tal (*homo noumenon*) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él todos los demás seres del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad”¹⁷⁷.

¹⁷⁶Person is dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anders als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (die psychologische aber bloß das Vermögen, sich der Identität seiner selbst in den verschiedenen Zuständen seines Daseins bewußt zu werden); woraus dann folgt, daß eine Person keinen anderen Gesetzen als denen, die si (entweder allein oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbst, unterworfen ist.

Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist. Ein jedes Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt, heißt daher Sache (*res corporalis*). KANT, Immanuel: *MdS*, pp. 223-224.

¹⁷⁷Der Mensch im System der Natur (*homo phaenomenon, animal rationale*) ist ein Wesen von geringer Bedeutung und hat mit den übrigen Tieren, als Erzeugnissen des Bodens einen gemeinen Wert (*pretium vulgare*). Selbst daß er vor diesen den Verstand voraus hat und sich selbst Zwecke setzen kann, das gibt ihm doch nur einen äußeren Wert seiner Brauchbarkeit (*pretium usus*), nämlich einse Menschen vor anderen, d. i.

A lo largo de la *MdS* KANT contempla al hombre desde tres perspectivas diversas: la primera de ellas es en tanto ser vivo “*Sinnenwesen*”, es decir, en tanto perteneciente a uno de los géneros animales¹⁷⁸. Desde esta primera perspectiva es el hombre un mero animal, un ser psico-físico, sin que su razón sea tomada en consideración¹⁷⁹. La segunda perspectiva pertenece al hombre considerado como “*vernünftiges Wesen*”¹⁸⁰, también denominado “*homo phaenomenon*”¹⁸¹ “*vernünftiges Naturwesen*”¹⁸² o “*animal rationale*”¹⁸³. Desde este punto de vista el ser humano posee razón pero limitada, está dotado de razón teórica¹⁸⁴ y también práctica pero sometida a impulsos¹⁸⁵. Él puede subordinar su razón a su actuar. A saber, calcular los mejores caminos en la consecución de sus finalidades. Pero él sólo está gradualmente diferenciado de los otros animales, que en todo caso también producen ejecuciones inteligentes. Consecuentemente, él está determinado a través de sus estímulos e impulsos morales¹⁸⁶. A estas dos categorías Kant le contrapone la tercera de las perspectivas perteneciente al hombre en tanto “*Vernunftwesen*”¹⁸⁷, “*homo noumenon*”¹⁸⁸, “*moralische Persönlichkeit*”¹⁸⁹ o “*Vernunftmensch*”¹⁹⁰, es decir, en tanto razón para sí misma práctica: razón legisladora incondicionada¹⁹¹.

El *homo phaenomenon* está localizado en el mundo sensible. Él está inmerso en las relaciones de dicho mundo y, por lo tanto, puede ser objeto de manipulación. Como una cosa, el *homo phaenomenon* no tiene deberes, lo que a la inversa significa que él no tiene derechos o facultades morales. En el mundo del *homo phaenomenon* sólo hay imperativos hipotéticos y,

einen Preis als einer Ware in dem Verkehr mit diesen Tieren als Sachen, wo er doch noch einen niedrigeren Wert hat als das allgemeine Tauschmittel, das Geld, dessen Wert daher ausgezeichnet (*pretium eminens*) genannt wird. Allein der Mensch als Person betrachtet, d. i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als ein solcher (*homo noumenon*) ist er nicht bloß als Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen er besitzt eine Würde (einen absoluten inneren Wert), wodurch er allen anderen vernünftigen Weltwesen Achtung für ihn abnötigt, sich mit jedem anderen dieser Art messen und auf den Fuß der Gleichheit schätzen kann. KANT, Immanuel: *MdS-T*, pp. 434-435.

¹⁷⁸d. i. als Mensch (zu einer Tierarten gehörig). KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 418.

¹⁷⁹HRUSCHKA, Joachim: ARSP 88, p. 465.

¹⁸⁰KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 418.

¹⁸¹KANT, Immanuel: *GMdS*, p. 412; *MdS-R*, p. 239, 434.

¹⁸²KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 418.

¹⁸³KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 434.

¹⁸⁴“Conforme a su razón teórica el ser humano puede dedicarse a la ciencia, no sólo a las ciencias naturales, sino también matemática, lógica y a la metafísica de la naturaleza”. KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 445.

¹⁸⁵KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 418.

¹⁸⁶HRUSCHKA, Joachim: ARSP 88 (2002), p. 465.

¹⁸⁷KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 418.

¹⁸⁸KANT, Immanuel: *MdS-R*, p. 239, 434.

¹⁸⁹KANT, Immanuel: *MdS*, p. 223.

¹⁹⁰KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 435.

¹⁹¹KANT, Immanuel: *MdS-T*, p. 418.

con ellos, fuerzas físicas y el mecanismo de estímulo-reacción según el cual las ciencias de la naturaleza estudian al ser humano¹⁹².

Kant postula un mundo que trasciende al *homo phaenomenon*. Este mundo está fundado en un imperativo categórico y de imperativos que, directa o indirectamente, derivan de él. Los imperativos categóricos ordenan de manera categórica sin agregar ninguna condición que provea un motivo sensual para alentar la observancia de sus órdenes. Los imperativos categóricos, de este modo, proveen el fundamento a los deberes. El *homo noumenon* es el ser humano como un ser inteligible, como ser moral, es el ser humano “como sujeto de una razón moral práctica”¹⁹³. Él es caracterizado por su naturaleza en su capacidad de libertad¹⁹⁴ y, de este modo, en su capacidad para seguir imperativos categóricos y adoptar las finalidades que la ley moral requiere independientemente de la naturaleza animal del ser humano. La cualidad sobresaliente del *homo noumenon* es su libertad, a lo cual libertad refiere la libertad interna del hombre en relación consigo mismo, en oposición a la libertad externa en relación con otras personas. Sólo en tanto *homo noumenon* el hombre es considerado “persona”¹⁹⁵.

En el esquema propuesto por Kant, la imputación implica libertad y la libertad autonomía. Persona es todo sujeto autónomo, todo aquel que se dicte su propia norma moral (auto-legislador). La persona no se reduce a un mero eslabón de una cadena de sucesivas de acontecimientos movidas por finalidad de utilidad, sino que el sujeto, al dictarse a sí mismo normas, da inicio a una nueva sucesión de acontecimientos. La autonomía supone que el obrar humano es inicio de una cadena de acontecimientos, su “*causa libera*”, que tiene su origen en el *Urheber*. La imputación tiene un carácter constitutivo de la persona. El carácter de “persona” se afirma imputando, atribuyendo responsabilidad al sujeto por su obrar. El sujeto imputante es el juez o tribunal, que emite un juicio con validez jurídica reconociendo al sujeto imputado, *Urheber* o *causa libera*, como persona.

¹⁹²Los deberes están basados en imperativos categóricos, que están en directo contraste con los imperativos hipotéticos. Los imperativos hipotéticos, como imperativos para evitar el castigo (si no quieres ser castigado, no robes), son órdenes bajo una condición. Si esa condición (en nuestro ejemplo: la amenaza de pena) provee un motivo suficientemente fuerte, encausará al *homo phaenomenon* a seguir el imperativo. En contraste, el imperativo categórico, que ordena sin agregar ninguna condición y de este modo ninguna sanción (no robarás), esto no provee al *homo phaenomenon* ningún motivo para seguir el imperativo. BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: *Kant's Doctrine of Right*, pp. 281-282.

¹⁹³KANT, Immanuel: MdS-T, p. 434.

¹⁹⁴KANT, Immanuel: MdS-T, p. 239.

¹⁹⁵BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: Ob. Cit. p. 233.

Ahora bien, no es posible comprender el concepto de persona erigido por Kant sin vincularlo al concepto de libertad. Sin embargo, el concepto, o para ser más exactos, los conceptos de libertad que utiliza Kant no pueden ser analizados sólo desde la perspectiva de la *MdS*, puesto que dicho concepto es analizado por Kant en varias de sus obras. Por ello resulta necesario detenerse y analizar qué entiende este filósofo por “libertad”.

5.1. Los conceptos de libertad según Kant.

Kant a lo largo de sus obras ha desarrollado diversos conceptos de libertad y, también, ha variado su postura respecto a cuáles son las relaciones que existen entre ellos. Intentar desarrollar una teoría coherente de la libertad kantiana resulta una tarea sumamente ardua que excede los objetivos de la presente investigación, constituyendo un objeto de tesis en sí mismo. Nosotros nos limitaremos a explicar los conceptos de libertad según sus obras más importantes, estableciendo al mismo tiempo sus relaciones y poniendo al descubierto las contradicciones que se presentan.

5.1.1. El concepto de libertad en la *Crítica de la razón pura*.

La idea central de la teoría kantiana del conocimiento es que el espíritu humano es, por su actividad, el que confiere la inteligencia a los hechos, pero es la experiencia la que da un contenido real al pensamiento. Todo conocimiento se hace por el encuentro de una “forma” y una “materia”. La forma es *a priori*, es un acto del sujeto, independiente de la experiencia. La materia por el contrario, es pura diversidad, está constituida de elementos dispersos; la forma es principio de unidad, de enlace, de síntesis¹⁹⁶.

En la “*Crítica de la razón pura*” (*KrV*) Kant centra su estudio en las condiciones de posibilidad de nuestro conocimiento en tanto seres finitos de conocer. Su finalidad es exponer las condiciones de posibilidad, los alcances y límites del conocimiento humano. Por conocimiento *a priori* entiende que es aquel que es absolutamente independiente de toda experiencia, cuyas notas características son la universalidad y la necesidad¹⁹⁷.

¹⁹⁶VERNEAUX, Roger: *Historia de la filosofía moderna*, 3ª edición, Barcelona, Herder, 1977, p. 160.

¹⁹⁷“La experiencia nos enseña que algo tiene éstas u otras características, pero no que no pueda ser de otro modo”. KANT, Immanuel: *KrV*, B 3, p. 52.

“Sólo puede llamarse representación trascendental el conocimiento de que tales representaciones no poseen origen empírico, por una parte, y, por otra, la posibilidad de que, no obstante, se refieran a priori a objetos de la experiencia”¹⁹⁸.

Por “conocimiento trascendental” entiende Kant la facultad humana de referirse *a priori* a los objetos de la experiencia: este tipo de conocimiento delimita tanto las fuentes como el alcance de la facultad de conocimiento humano. Frente a este tipo de conocimiento existe otro de naturaleza empírica o *a posteriori*, el cual no posee las características anteriormente mencionadas. Es decir, es universalizable a través de un proceso inductivo y su negación no indica contradicción, lo que lo torna estrictamente no-necesario.

Todos los juicios empíricos (*a posteriori*) son sintéticos, es decir, amplían el contenido del sujeto ya que añaden algo que no estaba contenido en el sujeto. Esta clase de juicios dependen de la experiencia. En los juicios analíticos, por su parte, el predicado explica lo que ya implícitamente está en el sujeto. Se trata de simples juicios explicativos que no hacen progresar el conocimiento, sino que se limitan a explicarlo. En este punto se plantea cómo es posible hacer avanzar nuestro conocimiento si todos los juicios sintéticos no poseen la característica de lo universal y necesario, limitándose al ámbito de lo contingente y particular.

Kant analiza la proposición: “todo lo que sucede posee una causa”. La misma no es un juicio analítico, y tampoco un juicio sintético, dada su universalidad y su necesidad. Por ello considera a este juicio como “sintético *a priori*”. En Kant, este tipo de juicios representa la síntesis mediante la cual el sujeto cognoscente organiza la naturaleza, es decir, establece las leyes de ésta. En el juicio antes mencionado, la conexión entre el concepto “todo lo que sucede” y la causalidad se produce mediante el concepto de tiempo y espacio. Conforme a la teoría del conocimiento kantiano, el principio de la causalidad, al igual que el espacio y el tiempo, es un juicio *a priori*, es decir que es inherente al sujeto cognoscente y no a los objetos. En todas las ciencias, los principios son juicios sintéticos *a priori* y la metafísica debe emplearlos si quiere ampliar los conocimientos posibles y no limitarse a una simple actividad

¹⁹⁸...sondern nur duem dadurch wir erkennen, daß und wie gewisse Vorstellungen (Anschauungen oder Begriffe) lediglich a priori angewandt werden, oder möglich seien, tranzendental (d.i. die Möglichkeit der Erkenntnis oder der Gebrauch derselben a priori) heißen müsse. KANT, Immanuel: KrV, B 81/A 56, p. 125.

explicativa. Por lo tanto, el problema crítico¹⁹⁹ se reduce a la pregunta planteada por Kant: “¿Cómo son posibles los juicios sintéticos *a priori*?”

En la *KrV*, KANT trata el problema de la libertad, es decir, su posibilidad de conocimiento, en dos partes: primeramente al abordar la tercera antinomia de las ideas transcendentales y luego en el Canon.

5.1.1.1. La tercera Antinomia: Causalidad y libertad.

En la *KrV* Kant desarrolla los conflictos de las ideas transcendentales conocidos como “antinomias” de la razón pura. Ellas exponen el conflicto en el que se enredan tanto la posición dogmática como una posición empirista en el intento de demostrar la posibilidad de una síntesis absoluta de la serie total de las condiciones objetivas de los fenómenos. Las antinomias tienen por finalidad demostrar la necesidad de restringir las ambiciones del conocimiento, es decir, de evitar un uso transcendental de los conceptos del entendimiento. Lo que intenta el filósofo de Königsberg es que la razón sepa reconocer sus límites, y desde allí, pueda imponerse. Presenta los argumentos de las antinomias divididos en tres momentos: el de la prueba, donde confronta tesis y antítesis; una observación también dividida en dos partes confrontadas y una solución a las contradicciones que acarrea la antinomia. La tercera de las cuatro “antinomias” se centra en la oposición entre causalidad y libertad. La misma constituye una bisagra en la pretensión de Kant de avanzar en su proyecto de filosofía moral o moral, en la cual la libertad ocupa el papel central.

La tesis de la antinomia reza:

“La causalidad según las leyes de la naturaleza no es la única de la que pueden derivar los fenómenos todos del mundo. Para explicar éstos nos hace falta otra causalidad por libertad”²⁰⁰.

Por su parte la antítesis consiste en que:

“No hay libertad. Todo cuanto sucede en el mundo se desarrolla exclusivamente según leyes de la naturaleza”²⁰¹.

¹⁹⁹Las ciencias no tienen necesidad de una crítica de la razón para constituirse. Pero la metafísica, que es tendencia natural de la razón, no podrá convertirse en ciencia si no está precedida por la crítica. Ésta es, por tanto “un preámbulo obligado” de la metafísica, una “propedéutica”, o un “prolegómeno”. Busca las fuentes y los límites del conocimiento *a priori*. Tiene por objeto, no la naturaleza de las cosas, sino la razón en cuanto que juzga *a priori* de la naturaleza de las cosas. VERNEAUX, Roger: Ob. Cit., p. 166.

²⁰⁰Die Kausalität nach Gesetzen der Natur ist nicht die einzige, aus welcher die Erscheinungen der Welt insgesamt abgeleitet werden können. Es ist noch eine Kausalität durch Freiheit zu Erklärung derselben anzunehmen notwendig. KANT, Immanuel: *KrV*, B 474/A 446 p. 488.

En la observación de la tesis Kant afirma que “no hay otra causalidad que no sea la que obedece a las leyes de la naturaleza²⁰²” y que “todo cuanto sucede presupone un estado previo al que sigue inevitablemente un acuerdo con una regla”²⁰³, dado que la ley de la naturaleza consiste en que “nada sucede sin una causa suficientemente determinada *a priori*”²⁰⁴. Nunca se podría llegar a un primer comienzo sino sólo a comienzos subalternos. Por tanto, no habría una causa o fundamento suficiente que determinara la totalidad de los fenómenos, contradiciendo la ley de la naturaleza. Para que dicha serie no quede incompleta se debe suponer una “absoluta espontaneidad” (*absolute Spontaneität*) (la causalidad libre o libertad transcendental) que es capaz de dar inicio a una serie de fenómenos por sí misma²⁰⁵. Luego sostiene que:

“La idea transcendental de la libertad dista mucho de constituir todo el contenido psicológico de este nombre, concepto que es empírico en gran parte. Se limita, más bien, a expresar el de la absoluta espontaneidad del acto, entendida como fundamento propio de la imputabilidad de ese acto mismo”²⁰⁶.

Sin embargo, Kant reconoce que la admisión de dicha idea encuentra insuperables dificultades a la hora de admitir semejante causalidad incondicionada²⁰⁷. Una vez admitida esta libertad transcendental como fundamento del origen de toda causa,

“podemos admitir igualmente que distintas series comiencen por sí mismas en el curso del mundo conforme a la causalidad y atribuir a las sustancias de estas series el poder de actuar por libertad”²⁰⁸.

Seguidamente, distingue entre un inicio temporal de la serie, consistente en un comienzo absolutamente primero desde el punto de vista temporal, y un inicio causal de la serie, que se refiere a un comienzo absolutamente primero desde un punto de vista causal²⁰⁹. Kant afirma que “debe llamarse un comienzo absolutamente primero de una serie de fenómenos, si bien no

²⁰¹Es ist keine Freiheit, sondern alles in der Welt geschieht lediglich nach Gesetzen der Natur. KANT, Immanuel: KrV, B 472/A 444 p. 473.

²⁰²Es gebe keine andere Kausalität, als nach Gesetzen der Natur. KANT, Immanuel: KrV, B 472/A 444, p. 488

²⁰³So setzt, alles, was geschieht, einen vorigen Zustand voraus, auf den es unausbleiblich nach einer Regel folgt. KANT, Immanuel: KrV, B 472/A 444, p. 488.

²⁰⁴Nun besteht aber eben darin das Gesetz der Natur: daß ohne hinreichen a priori bestimmte Ursache nichts geschehe. KANT, Immanuel: KrV, B 474/A 446, p. 488.

²⁰⁵KANT, Immanuel: KrV, B 474/A 446, p. 488.

²⁰⁶Die Transzendente Idee der Freiheit macht zwar bei weitem nicht den ganzen Inhalt des psychologischen Begriffs dieses Namens aus, welcher bloßen Teils empirisch ist, sondern nur den der absoluten Spontaneität der Handlung, als den eigentlichen Grund der Imputabilität derselben. KANT, Immanuel: KrV, B 476/A 448, p. 492

²⁰⁷KANT, Immanuel: KrV, B 476/A 448, p. 492.

²⁰⁸So ist uns nunmehr auch erlaubt, mitten im Laufe der Welt verschiedene Reihen, der Kausalität nach, von selbst anfangen zu lassen, und der Substanzen derselben ein Vermögen beizulegen, aus Freiheit zu handeln. KANT, Immanuel: KrV, B 478/A 450, p. 494.

²⁰⁹KANT, Immanuel: KrV, B 478/A 450, p. 494.

respecto al tiempo, sino con respecto a la causalidad”²¹⁰. La libertad humana se corresponde con el punto de vista causal; la libertad transcendental, por el contrario, con el primero.

Kant finaliza la observación de la tesis afirmando que la razón necesita recurrir a un primer inicio y ello se constata en que:

“todos los filósofos de la antigüedad (a excepción de la escuela epicúrea) se vieron obligados a asumir, a la hora de explicar el mundo, un *primer motor*, es decir, una causa que operara libremente y que iniciara por sí misma esa serie de estados. En efecto, no se atrevieron a hacer concebible un primer comienzo a partir de la simple naturaleza”²¹¹.

La prueba de la antítesis, por su parte, se refiere a la génesis de una acción y a la posibilidad o imposibilidad de la libertad²¹². Aquí Kant supone que hay una libertad transcendental, entendiendo ésta como:

“... una facultad capaz de iniciar un estado y, consiguientemente, una serie de consecuencias del mismo”²¹³.

En la solución de esta antinomia Kant profundiza en el concepto de “libertad transcendental”. Al respecto sostiene:

“La libertad es en este sentido una idea pura transcendental que, en primer lugar, no contiene nada tomado de la experiencia y cuyo objeto, en segundo lugar, no puede darse de modo determinado en ninguna experiencia, según la cual todo cuanto sucede ha de tener una causa. Consiguientemente, la misma causalidad de la causa, la cual ha sucedido o nacido a su vez, tiene que poseer por su parte una nueva causa”²¹⁴.

En esta causa espontánea que tiene su comienzo absoluto, la libertad transcendental debe comenzar absolutamente en sí misma y no existe nada previo que se pueda determinar

²¹⁰KANT, Immanuel: KrV, B 478/A 450, p. 494.

²¹¹Daß (die epikurische Schule ausgenommen) alle Philosophen des Altertums sich gedrungen sahen, zur Erklärung der Weltbewegungen einen ersten Bewegter anzunehmen, d.i. eine freihandelnde Ursache, welche diese Reihe von Zuständen zuerst und von selbst anfing. Denn aus bloßer Natur unterfingen sie sich nicht, einen ersten Anfang begreiflich zu machen. KANT, Immanuel: KrV, B 478/A 450, p. 496.

²¹²PEREDA, Carlos: “La tercera antinomia y las perplejidades de la libertad”, en, “Kant: de la Crítica a la filosofía de la religión”, Dulce María Granja Castro coordinadora, Madrid, Anthropos, 1994, p. 104.

²¹³Ein Vermögen, einen Zustand, mithin auch eine Reihe von Folgen, desselben, schlechthin einzufangen. KANT, Immanuel: KrV, B 473/A 445, p. 489.

²¹⁴Die Freiheit ist in dieser Bedeutung eine reine transzendente Idee, die erstlich nichts von der Erfahrung Entlehntes enthält, zweitens deren Gegenstand auch in keiner Erfahrung bestimmt gegeben werden kann, weil es ein allgemeines Gesetz, selbst der Möglichkeit aller Erfahrung, ist, daß alles, was geschieht, eine Ursache, die selbst geschehen, oder entstanden, wiederum eine Ursache haben müsse. KANT, Immanuel: KrV, B 561/A 533, p. 574.

conforme a leyes constantes. Ahora bien, “todo comienzo de acción supone un estado anterior propio de la causa que todavía no actúa”²¹⁵. Pero esto no se sigue del supuesto de una causa espontánea que inicia absolutamente en sí misma. Kant afirma:

“así, pues, la libertad se opone a la ley de causalidad”²¹⁶.

La libertad, así tomada, viola las consideraciones de la unidad y de la experiencia que se basan en relaciones causales. Kant finalmente concluye que no puede haber libertad transcendental. Ésta es sólo un puro producto mental que no se halla en ninguna experiencia²¹⁷.

En la observación de la antítesis, Kant pone en duda los argumentos de la tesis. En primer lugar pone en duda la posibilidad de la libertad transcendental. Al respecto Kant se indaga:

“¿Quién os ha mandado idear un estado del mundo que sea absolutamente primero y, por tanto, un comienzo absoluto de la serie fenoménica que va desarrollándose progresivamente? ¿Quién os ha mandado poner límites a la ilimitada naturaleza para suministrar un punto de reposo a vuestra imaginación?”²¹⁸

En segundo lugar, aun suponiendo la idea de una libertad transcendental, Kant considera que ésta sólo puede hallarse fuera del mundo. Al respecto afirma:

“... nunca puede permitirse que semejante facultad sea atribuida a las sustancias del mundo mismo, ya que entonces desaparecería en su mayor parte la interdependencia de los fenómenos que se determinan necesariamente unos a otros según leyes universales”²¹⁹.

El problema planteado en la tercera antinomia es presentado por Kant en la solución de la misma en los siguientes términos:

²¹⁵Es setzt aber in jeder Anfang zu handeln einen Zustand der nach nicht handelnden Ursache voraus. KANT, Immanuel: KrV, B 561/A 533, p. 574.

²¹⁶Also ist die transzendente Freiheit dem Kausalgesetze entgegen. KANT, Immanuel: KrV, B 561/A 533, p. 574.

²¹⁷KANT, Immanuel: KrV: B 475/ A 447, p. 491.

²¹⁸Wer hat euch geheißen, einen schlechthin ersten Zustand der Welt, und mithin einen absoluten Anfang der nach und nach ablaufenden Reihe der Erscheinungen, zu erdenken, und, damit ihr eurer Einbildung einen Ruhepunkt verschaffen möget, der unumschränkten Natur Grenzen zu setzen? KANT, Immanuel: KrV: B 477/ A 449, p. 493.

²¹⁹Allein, in der Welt selbst, den Substanzen ein solches Vermögen beizumessen, kann nimmermehr erlaubt sein, weil alsdenn der Zusammenhang nach allgemeinen Gestezen sich einander notwendig bestimmender Erscheinungen. KANT, Immanuel: KrV: B 479/ A 451, p. 495.

“¿es correcta la disyunción según la cual todo efecto en el mundo tiene que derivar, o bien de la naturaleza, o bien de la libertad?; ¿no habrá que decir, por el contrario, que ambas alternativas pueden cumplirse simultáneamente y desde un punto de vista distinto en el mismo acontecimiento?”²²⁰

La solución que propone Kant es que el objeto en consideración puede ser pensado como doblemente determinado, por un lado, por una causa inteligible, esto es, aquella que no es fenómeno en un objeto de los sentidos²²¹, y, por otro lado, según una causalidad natural. De esta manera, se puede tomar el efecto como libre con respecto a su causa inteligible y, con respecto a su interrelación con los otros fenómenos, de acuerdo a la necesidad de la naturaleza.

“Desde el punto de vista de su carácter inteligible, este sujeto agente no se hallaría, pues, sometido a ninguna condición temporal, ya que el tiempo sólo es condición de los fenómenos, no de las cosas en sí mismas. No comenzaría ni cesaría en él ningún acto; no estaría, por tanto, sometido a las leyes de toda determinación temporal, de todo lo mudable, es decir, a la ley según la cual todo cuanto sucede tiene su causa en los fenómenos (de su estado anterior). En una palabra, al ser intelectual la causalidad de este sujeto, no se hallaría en la serie de condiciones empíricas que convierten en necesario el acontecimiento del mundo sensible”²²².

Por el contrario:

“... desde el punto de vista empírico, ese sujeto estaría, en cuanto fenómeno, sometido a las leyes que determinan por conexión causal. En este sentido, no sería más que una parte del mundo sensible, y sus efectos derivarían indefectiblemente de la naturaleza como deriva cualquier otro fenómeno”²²³.

Esta doble naturaleza del hombre, una empírica y otra inteligible, no resulta contradictoria. Los dos principios que gobiernan al hombre son independientes el uno del otro y, por tanto, no se afectan ni se contradicen. El ser humano, en cuanto perteneciente al mundo sensible, es un objeto sometido a la causalidad. Por el contrario, el sujeto en tanto ser inteligible, se

²²⁰Mithin ob es ein richtigdisjunktiver Satz sei, daß eine jede Wirkung in der Welt entweder aus Natur, oder aus Freiheit entspringen müsse, oder ob nicht vielmehr beides in verschiedener Beziehung bei einer und derselben Begebenheit zugleich stattfinden könne. KANT, Immanuel: KrV: B 564/ A 536, p. 577.

²²¹KANT, Immanuel: KrV, B 566/A 538, p. 578.

²²²Dieses handelnde Subjekt würde nun, nach seinem intelligibelen Charakter, unter keinen Zeitbedingungen stehen, den die Zeit ist nur die Bedingung der Erscheinungen, nicht aber der Dinge an sich selbst. In ihm würde keine Handlungen entstehen, oder vergehen, mithin würde es auch nicht mit dem Gesetze aller Zeitbestimmung, alles Veränderlichen, interworfen sein: daß alles, was geschieht, in den Erscheinungen (des vorigen Zustandes) sien Ursache antreffe. Mit einem Worte, die Kausalität desselben, so fern sie intellektuell ist, stände gar nicht in der Reihe empirischer Bedingungen, welche die Begebenheit in der Sinnenwelt notwendig machen. KANT, Immanuel: KrV, B 567/A 539 - B568/A540, p. 580.

²²³Nach seinem empirischen Charakter würde also diese Subjekt, als Erscheinung, allen Gesetzen der Bestimmung nach, der Kausalverbindung unterworfen sein, und es wäre so fern nichts, als ein Teil der Sinnenwelt, dessen Wirkungen, so wie jede andere Erscheinung, aus der Natur unahsbleiblich abflößen. KANT, Immanuel: B568/A540, p. 580.

concibe como libre²²⁴. De esta manera, el sujeto, en su carácter inteligible en tanto agente de un conjunto de fenómenos, no estaría él mismo determinado por ninguna condición que afecte a éstos, ya sea temporal, espacial, etc., aunque “su efecto aparezca en un fenómeno”²²⁵.

Perteneciendo el sujeto al ámbito de la razón, su obrar es analizado no desde la causalidad empírica sino desde la inteligible. La espontaneidad, en cuanto da comienzo a una serie de fenómenos que siguen las leyes de la naturaleza, sería el fundamento de la imputabilidad. Que el ser humano se halle entre ambas causalidades no es contradictorio, pues posee una dimensión empírica y otra inteligible. El sujeto pertenece a lo inteligible. Y en cuanto inteligible, se concibe como libre²²⁶.

5.1.1.2. Los conceptos de libertad en el Canon: libertad práctica y libertad transcendental.

En el Canon Kant vuelve a tratar el concepto de libertad. Aquí distingue dos conceptos: por un lado la libertad práctica y por otro la libertad transcendental. Comienza por definir “práctico” como “todo lo que es posible mediante la libertad”²²⁷. Respecto del concepto de libertad transcendental Kant afirma:

“La libertad transcendental exige, en cambio, la independencia de esa voluntad misma (en lo que se refiera a la causalidad por la que se inicie una serie de fenómenos) respecto de todas las causas determinantes del mundo sensible. En tal sentido, la libertad transcendental parece oponerse a la ley de la naturaleza y, consiguientemente, a toda experiencia posible. Sigue, pues, constituyendo un problema. Ahora bien, éste no afecta a la razón en su uso práctico (...) La cuestión relativa a la libertad transcendental sólo afecta a al saber especulativo y, tratándose de lo práctico, podemos dejarla de lado como enteramente indiferente”²²⁸.

Con respecto a este concepto de libertad, Kant vuelve a afirmar las ideas sostenidas en el análisis de la tercera antinomia. Ella es independiente de todas las causas que intervienen en

²²⁴SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 175.

²²⁵KANT, Immanuel: KrV, B 567/A 539, p. 580.

²²⁶SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., pp. 174-175.

²²⁷Praktisch ist alles, was durch Freiheit möglich ist. KANT, Immanuel: KrV, B727/A799, p. 810.

²²⁸Indessen daß die transzendentale Freiheit eine Unabhängigkeit dieser Vernunft selbst (in Ansehung ihrer Kausalität, eine Reihe von Erscheinungen anzufangen,) von allen bestimmenden Ursachen der Sinnenwelt fordert, und so fern dem Naturgesetze, mithin aller möglichen Erfahrung, zuwider zu sein scheint, und also ein Problem bleibt. Allein vor die Vernunft im praktische Gebrauche gehört dieses Problem nicht (...) Die Frage wegen der transzendentalen Freiheit betrifft bloß das spekulative Wissen, welche wir als ganz gleichgültig bei Seite setzen Können. KANT, Immanuel: KrV, B829/A801-B830/A802, pp. 812-813.

el mundo sensible. No obstante, Kant considera que el carácter nouménico no afecta a la razón en su uso práctico. Respecto de la libertad práctica, afirma:

“Ante todo señalaré que, de momento, sólo emplearé el concepto de libertad en sentido práctico, prescindiendo del mismo, como ya hemos dicho, en su significación transcendental. En esta última acepción no podemos suponerlo empíricamente, como fundamento explicativo de los fenómenos, sino como un problema de la razón. En efecto, una voluntad que no puede ser determinada más que a través de estímulos sensibles, es decir, *patológicamente*, es una *voluntad animal (arbitrium brutum)*. La que es, en cambio, independiente de tales estímulos y puede, por tanto, ser determinada a través de motivos sólo representables por la razón se llama *libre arbitrio (arbitrium liberum)*, y todo cuanto se relaciona con ésta última, sea como fundamento, sea como consecuencia, recibe el nombre de *práctico*”²²⁹.

La libertad transcendental, desarrollada ya en la tercera antinomia, es un tipo especial de causalidad, concebida metafísicamente como la capacidad de iniciar una serie causal por sí misma independientemente de cualquier causa primera. La libertad práctica, en cambio, es la independencia de estímulos sensibles y la denomina libre arbitrio (*freie Willkür*). Por otro lado, es la libertad que nos adscribimos cuando nos pesamos como actores, especialmente como agentes morales²³⁰. A diferencia de la libertad transcendental que debe darse por supuesta,

“La libertad práctica puede demostrarse por experiencia, puesto que la voluntad humana no sólo es determinada por lo que estimula o afecta directamente a los sentidos, sino que poseemos la capacidad de superar las impresiones recibidas por nuestra facultad apetitiva sensible gracias a la representación de lo que nos es, incluso de forma remota, provechoso o perjudicial. Estas reflexiones acerca de lo deseable, esto es, bueno y provechoso, en relación con todo nuestro estado, se basan en la razón. De ahí que ésta dicte también leyes que son imperativos, es decir, *leyes objetivas de la libertad*, y que establecen *lo que debe suceder*, aunque nunca suceda, matiz que las distingue de las *leyes de la naturaleza*, las cuales tratan únicamente de *lo que sucede*. Esta es la razón de que las primeras también se llamen prácticas”²³¹.

²²⁹Und da ist denn zuerst anzumerken, daß ich mich vorjetzt des Begriffs der Freiheit nur im praktischen Verstande bedienen werde, und den in transzendentaler Bedeutung, welcher nicht als ein Erklärungsgrund der Erscheinungen empirisch vorausgesetzt werden kann, sondern selbst ein Problem für die Vernunft ist, hier, als oben abgetan, bei Seite setze. Eine Willkür nämlich ist bloß tierisch (arbitrium brutum), die nicht anders als durch sinnliche Antriebe, d. i. *patologisch* bestimmt werden kann. Diejenige aber, welche unabhängig von sinnlichen Antrieben, mithin durch Bewegursachen, welche nur von der Vernunft vorgestellt werden, bestimmt werden kann, heißt die *freie Willkür* (arbitrium liberum), und alles, was mit dieser, es sei als Grund oder Folge, zusammenhängt, wird *praktisch* genant. KANT, Immanuel: KrV, B829/A801-B830/A802, p. 812.

²³⁰WOOD, Allen W.: *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 124.

²³¹Die praktische Freiheit kann durch Erfahrung bewiesen werden. Denn, nicht bloß das, was reizt, d. i. die Sinne unmittelbar affiziert, bestimmt die menschliche Willkür, sondern wir haben ein Vermögen durch Vorstellungen von dem, was selbst auf entferntere Art nützlich oder schädlich ist, die Eindrücke auf unser sinnliches Begehrungsvermögen zu überwinden; diese Überlegungen aber von dem, Was in Ansehung unseres ganzen

Luego agrega:

“A través de la experiencia reconocemos, pues, la libertad práctica como una de las causas naturales, es decir, como una causalidad de la razón en la determinación de la voluntad”²³².

En la *KrV*, Kant comparte la idea de que la libertad práctica puede ser conocida empíricamente, o como mínimo reconocida a través de ciertos signos empíricos. La experiencia, él piensa, demuestra que los seres humanos la poseen, mientras que los animales brutos no. Los seres humanos tienen la capacidad para considerar su bienestar general, y cómo atenderlo, capacidad de las que otros seres carecen. Además, a la leyes de la libertad, las concibe como imperativos categóricos, o sea, en términos de deber ser (*Sollen*), mientras que las leyes de la naturaleza se limitan a lo que sucede (*Sein*).

5.1.2. La libertad en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.

En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (*GMdS*) Kant desarrolla sus ideas acerca de la moralidad, estableciendo el deber como fundamento de toda moralidad. El deber es para él una ley que proviene *a priori* de la razón y se impone por sí misma a todo ser racional. Es un hecho racional, *factum rationis*, y por lo mismo objetivo que se traduce en la consciencia por el imperativo categórico. Imperativo que, al ser categórico, vale por sí mismo, declarando la acción objetivamente necesaria en sí misma sin relación a ninguna finalidad. Es, por lo tanto, un mandamiento de la moralidad. A la enunciación de dicho imperativo ya hemos hecho alusión al tratar el concepto de derecho²³³. Kant lo formula en los siguientes términos:

“Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”²³⁴.

Zustandes bekehrungswert, d. i. gut und nützlich ist, beruhen auf der Vernunft. Diese gibt daher auch Gesetze, welche Imperativen d. i. objektive *Gesetze der Freiheit* sind, und welche sagen, *was geschehen soll*, ob es gleich vielleicht nie geschieht, und sich darin von *Naturgesetzen*, die nur von dem handeln, *was geschieht*, unterscheiden, weshalb si auch praktische Gesetze genannt werden. KANT, Immanuel: *KrV*, B830/A802, pp. 812-813.

²³²Wir erkennen also die praktische Freiheit durch Erfahrung, als eine von der Naturursachen, nämlich eine Kausalität der Vernunft in Bestimmung des Willens. KANT, Immanuel: *KrV*, B831/A803, p. 813.

²³³VERNEAUX, Roger: *Historia de la filosofía moderna*, p. 189.

²³⁴Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde. KANT, Immanuel: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 421.

El planteamiento de Kant puede ser resumido con las siguientes palabras: el hombre debe someter su acción a la razón, puesto que ésta le impone el deber y del deber se deriva la moralidad.

5.1.2.1. *Homo phaenomenon vs. Homo noumenon.*

Esta dualidad entre lo trascendente y lo experimental se repite en *GMdS*. En esta obra, Kant aborda la problemática de los mundos y cómo se presenta el hombre en uno de ellos o bien en el otro. Kant presenta ambos mundos en los siguientes términos:

“se hace evidente por sí mismo que detrás de los fenómenos hay que admitir algo que no es fenómeno, o sea, las cosas en sí, aunque, puesto que nunca pueden sernos conocidas en sí sino siempre como nos afectan, aceptamos el no poder acercarnos nunca a ellas ni saber cómo son en sí mismas. Esto tiene que proporcionar una distinción (aunque resulte un tanto grosera) entre *mundo sensible* y *mundo inteligible*, de los cuales el primero depende de la diferencia de sensibilidad de los distintos géneros de espectadores, mientras que el segundo, que le sirve de fundamento, permanece siempre idéntico. Y, en este sentido, ni siquiera le es lícito al hombre pretender conocerse (tal como es en sí mismo) por el conocimiento que tiene de sí mismo mediante la sensación interna, pues ya que, por decirlo así, él no se crea a sí mismo y no tiene de sí un concepto a priori sino que lo adquiere empíricamente, es natural que no pueda obtener conocimiento de sí a no ser por medio del sentido interno y, por tanto, por medio de su *ser fenoménico*, y por la forma en que su conciencia es afectada, aunque ha de admitir necesariamente sobre la constitución de su propio sujeto, compuesta de meros fenómenos, alguna otra cosa colocada a su base, es decir, su yo tal y como es en sí. En resumen, que el hombre debe contarse entre los miembros del mundo sensible con respecto a la simple percepción y receptividad de las sensaciones, y, con respecto a lo que en él sea pura actividad (lo que no llega a la conciencia por la afección de los sentidos sino inmediatamente), entre los del mundo inteligible, pese a no poder conocerlo”²³⁵.

²³⁵So folgt von selbst, daß man hinter den Erscheinung ist, nämlich die Dinge an sich, einräumen und annehmen müsse, ob wir gleich uns von selbst bescheiden, daß, da si uns niemals bekannt werden können, sondern immer nur, wie si uns affizieren, wir ihnen nicht näher treten und, was si an sich sind, niemals wissen können. Dieses muß eine, obzwar rohe, Unterscheidung einer Sinnenwelt von der Verstandeswelt abgeben, davon die erstere nach Verschiedenheit der Sinnlichkeit in mancherlei Weltbeschauern auch sehr verschieden sein kann, indessen die zweite, die ihr zum Grunde liegt, immer dieselbe bleibt. Sogar sich selbst und zwar nach der Kenntnis, die der Mensch durch innere Empfindung von sich hat, darf er sich nicht anmaßen zu erkennen, wie er an sich selbst sei. Denn da er doch sich selbst nicht gleichsam schafft und seinen Begriff nicht a priori, sondern empirisch bekommt, so ist natürlich, daß er auch von sich durch den innern Sinn und folglich nur durch die Erscheinung seiner Natur und die Art, wie sein Bewußtsein affiziert wird, Kunde einzuziehen könne, indessen er doch notwendiger Weise über diese aus lauter Erscheinungen zusammengesetzte Beschaffenheit seines eigenen Subjekts nicht etwas anderes zum Grunde Liegendes, nämlich sein Ich, so wie es an sich selbst beschaffen sein mag, annehmen und sich also in Absicht auf die bloße Wahrnehmung und Empfänglichkeit der Empfindungen zur Sinnenwelt, in Ansehung fassen aber, was in ihm reine Tätigkeit sein mag (dessen, was gar nicht durch Affizierung der Sinne, sondern unmittelbar zum Bewußtsein gelangt), sich zur intellektuellen Welt zählen muß, die er doch nicht weiter kennt. KANT, Immanuel: *GMdS*, p. 451.

El hombre, como ser racional, forma parte del mundo inteligible. Por el contrario, en tanto fenómeno, se halla sometido a las leyes de la naturaleza. Este segundo punto de vista no resulta contradictorio con su carácter nouménico sino que es lo propio del ser trascendente que se despliega en lo fenoménico. El hombre es libre en tanto que se desvincula del mundo sensible; la libertad se constituye en el fundamento del actuar del sujeto en tanto ser nouménico. Al respecto Kant señala:

“Como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, el hombre nunca puede pensar la causalidad de su propia voluntad más que bajo la idea de *libertad*, pues ésta no es otra cosa que la independencia de las causas determinantes del mundo sensible (independencia que siempre debe atribuirse a sí misma la razón)”²³⁶.

5.1.2.2. El concepto positivo de libertad: la libertad como autonomía.

Kant retoma el concepto de “libertad negativa”, desarrollado en la *KrV*, entendido como la propiedad de la voluntad (especie de causalidad) por la cual puede ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen²³⁷. Pero, al mismo tiempo, considera que este concepto de libertad resulta infructuoso para conocer su esencia. Acto seguido, introduce el concepto positivo de libertad, la libertad práctica en sentido positivo es la posesión de “una causalidad según leyes inmutables”²³⁸ – a saber, una capacidad de seguir determinadas leyes dadas por la facultad de la razón, o “la propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma”²³⁹. Equivale a la capacidad natural del sujeto de reconocer racionalmente como un fin en sí mismo, como una razón para actuar en determinado modo, de actuar basado en la razón. De manera más general, implica la capacidad de actuar por razones, en vez que sólo actuar basado en sentimientos, impulsos o deseos que pueden suceder independientemente de las razones²⁴⁰.

Los dos conceptos procedentes de la libertad práctica se complementan puesto que todo ser que es capaz de actuar por razones (como un ser con libertad práctica en sentido positivo)

²³⁶Als ien vernünftiges, mitin zur intelligibelen Welt gehöriges Wesen kann der Mensch die Kausalität seines eigenen Willens niemals anders als unter der Idee der Freiheit denken; denn Unabhängigkeit von den bestimmenden Ursachen der Sinnenwelt (dergleichen die Vernunft jederzeit sich selbst beilegen muß) ist Freiheit. KANT, Immanuel: GMdS, p. 452.

²³⁷KANT, Immanuel: GMdS, p. 446.

²³⁸Eine Kausalität nach unwandelbaren Gesetzen. KANT, Immanuel: GMdS, p. 446.

²³⁹Die Eigenschaft des Willens sich selbst ein Gesetz zu sein. KANT, Immanuel: GMdS, p. 446.

²⁴⁰WOOD, Allen W.: Ob. Cit., p. 126.

también necesariamente tiene libertad práctica en sentido negativo. Su conducta no puede ser causada necesariamente, al menos en casos en que ella actúa por razones²⁴¹.

Kant identifica libertad y autonomía: actuar en sentido práctico positivo o actuar de manera autónoma son dos formas de designar un mismo fenómeno. “En consecuencia, voluntad libre y voluntad sometida a leyes morales son la misma cosa”²⁴².

La libertad y la auto-legislación de la voluntad son ambas autonomía, es decir, conceptos equivalentes, y, en consecuencia, uno de ellos no puede utilizarse para explicar el otro y establecer su fundamento, sino a lo sumo para reducir a un único concepto, en sentido lógico, representaciones aparentemente diferentes de un mismo objeto²⁴³. Al respecto Kant sostiene que:

“la proposición: *la voluntad es, en todas sus acciones, una ley para sí misma* caracteriza únicamente el principio de actuar sólo según aquella máxima que puede presentarse como una ley universal. Justamente ésta es la fórmula del imperativo categórico y el principio de la moralidad. En consecuencia, voluntad libre y voluntad sometida a leyes morales son la misma cosa”²⁴⁴.

Y más adelante añade:

“A la idea de libertad, por otro lado, viene a vincularse necesariamente el concepto de *autonomía*, y con ésta, el principio universal de la moralidad que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de los seres racionales, exactamente igual que la noción de *ley natural* sirve de fundamento a todos los fenómenos”²⁴⁵.

La libertad en Kant no es un concepto de la experiencia, ni puede serlo, sino que se presenta como una experiencia necesaria que debe presuponerse²⁴⁶. La libertad es una propiedad de la voluntad de todos los seres racionales y no bastaría deducirla de ciertas experiencias hechas

²⁴¹WOOD, Allen W.: Ob. Cit., pp. 128-129.

²⁴²Also ist ein freier Wille und ein Wille unter sittlichen Gesetzen einerlei. KANT, Immanuel: GMdS, p. 446.

²⁴³KANT, Immanuel: GMdS, p. 450.

²⁴⁴Der Satz aber: der Wille ist in allen Handlungen sich selbst ein Gesetz, bezeichnet nur das Prinzip, nach keiner anderen Maxime zu handeln, als die sich selbst auch als ein allgemeines Gesetz zum Gegenstande haben kann. Dies ist aber gerade die Formel des kategorischen Imperativs und das Prinzip der Sittlichkeit: also ist ein freier Wille und ein Wille unter sittlichen Gesetzen einerlei. KANT, Immanuel: GMdS, p. 446.

²⁴⁵Mit der Idee der Freiheit ist nun der Begriff der Autonomie unzertrennlich verbunden, mit diesem aber das allgemeine Prinzip der Sittlichkeit, welches in der Idee allen Handlungen vernünftiger Wesen ebenso zum Grunde liegt, als das Naturgesetz allen Erscheinungen. KANT, Immanuel: GMdS, p. 452.

²⁴⁶LLANOS CIFUENTES, Alejandro: *Fenómeno y trascendencia en Kant*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2002, p. 250.

sobre la naturaleza humana; hemos de darla por supuesta en un ser racional, si lo queremos pensar como racional, porque la libertad no puede establecerse más que *a priori*:

“Yo digo que todo ser que no puede obrar sino bajo la condición de la idea de la libertad es por esto mismo, bajo el punto de vista práctico, realmente libre; es decir, que todas las leyes que están unidas inseparablemente con la libertad tienen para este ser el mismo valor que si su voluntad hubiese sido reconocida libre en sí misma y bajo el aspecto de la filosofía teórica, y al mismo tiempo sostengo que debemos necesariamente admitir que todo ser racional que tiene una voluntad tiene la idea de la libertad, y que sólo obra conforme a ésta. En efecto, concebimos en un ser racional una razón práctica, dotada de causalidad con relación a sus objetos”²⁴⁷.

Para Kant, si la moralidad es real o una ilusión, cabe bajo la cuestión de si somos libres en sentido práctico positivo. Kant niega que podamos probar teoréticamente que somos libres o incluso comprender cuánta libertad es posible. Sin embargo, él piensa que es suficiente justificación de ambas libertades y de la moralidad el hecho de que podemos mostrar dos cosas: en primer lugar, debemos presuponer que los seres racionales son libres e incluso en orden de contemplarlos haciendo juzgamientos teoréticos; y en segundo lugar no hay contradicción entre la proposición que dice que los seres racionales son libres y la proposición de que nuestras acciones en el mundo de los sentidos están determinadas de acuerdo con las leyes de la naturaleza²⁴⁸.

5.1.3. La crítica de la razón práctica: la ley moral como hecho de la razón.

Así como la primera crítica (*KrV*) gira en torno a la pregunta “qué debemos saber”, en la *Crítica de la razón práctica* (*KpV*) Kant aborda la cuestión “qué debemos hacer”. Demuestra que no es el bien el que determina el deber, sino que es éste el que determina aquél, y que no es la metafísica la que determina la moral sino la moral la que determina la metafísica. En esta crítica Kant aborda la libertad desde la perspectiva de la razón práctica. Ya en su introducción plantea la problemática de la libertad como absolutamente práctica. Al respecto se cuestiona:

“Aquí tenemos pues la primera cuestión: si basta la razón pura por sí sola para determinar la voluntad o bien, como empíricamente determinada, es sólo un motivo determinante de la voluntad. Pues bien, en

²⁴⁷Ich sage nun: Ein jedes Wesen, das nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln kann, ist eben darum in praktischer Rücksicht wirklich frei, d.i. es gelten für dasselbe alle Gesetze, die mit der Freiheit unzertrennlich verbunden sind, ebenso als ob sein Wille auch an sich selbst und in der theoretischen Philosophie gültig für frei erklärt würde. Nun behaupte ich: daß wir jedem vernünftigen Wesen, das einen Willen hat, notwendig auch die Idee der Freiheit leihen müssen, unter der es allein handle. Denn in einem solchen Wesen denken wir uns eine Vernunft, die praktisch ist, d.i. Kausalität in Ansehung ihrer Objekte hat. KANT, Immanuel: GMdS, p. 448.

²⁴⁸WOOD, Allen W.: Ob. Cit., p. 130.

este caso aparece un concepto de causalidad justificado por la crítica de la razón pura, aunque no sea susceptible de exposición empírica: el de libertad; y si ahora podemos encontrar razones para demostrar que esta propiedad compete de hecho a la voluntad humana (y, por tanto, también a la voluntad de todos los seres racionales), con ellos se habrá expuesto que no sólo la razón pura puede ser práctica, sino que sólo ella, y no la empíricamente limitada, es absolutamente práctica²⁴⁹.

Luego, en el §7 enuncia la ley fundamental de la razón práctica pura que no difiere en su enunciado de la ley moral planteada en la *GMdS*:

“Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal²⁵⁰”.

Y en la observación de dicha regla afirma:

“...el pensamiento *a priori* de una posible legislación general, pensamiento pues puramente problemático, se impone absolutamente como ley sin tomar nada de la experiencia o de cualquier otra voluntad externa²⁵¹”.

Y añade:

“La conciencia de esta ley fundamental puede calificarse de hecho de la razón porque no puede obtenerse por sutilezas de precedentes datos de la razón, por ejemplo: de la conciencia de la libertad (pues ésta no se nos da previamente), sino porque de suyo se nos impone como proposición sintética *a priori* que no se funda en intuición alguna, ni pura ni empírica, aunque sería analítica si se presupusiera la libertad de la voluntad, pero para ello requeriría, como concepto positivo, una intuición intelectual que en este caso no puede suponerse. Sin embargo, para considerar dada esta ley sin lugar a malas interpretaciones, es preciso observar sin duda que no es empírica, sino el único hecho de la razón pura, la cual de esta suerte se anuncia como originariamente legislativa (*sic volo, sic iubeo*)²⁵²”.

²⁴⁹Hier ist als die erste Frage: ob reine Vernunft zur Bestimmung des Willens für sich allein zulange, oder ob sie nur als empirisch-bedingte ein Bestimmungsgrund derselben sein können. Nun tritt hier ein durch die Kritik der reinen Vernunft gerechtfertigter, obzwar keiner empirischen Darstellung Fähiger Begriff der Kausalität, nämlich der der Freiheit, ein, und wenn wir anjetzt Gründe ausfindig machen können, zu beweisen, daß diese Eigenschaft dem menschlichen Willen (und so auch dem Willen aller vernünftigen Wesen) ist der Tat zukomme, so wird dadurch nicht allein dargetan, daß reine Vernunft praktisch sein könne, sondern daß sie allein, und nicht die empirisch-beschränkte, unbedingterweise praktisch sei. KANT, Immanuel: KpV, p. 30.

²⁵⁰Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne. KANT, Immanuel: KpV, p. 54.

²⁵¹...der Gedanke a priori von einer möglichen allgemeinen Gesetzgebung, der also bloß problematisch ist, wird, ohne von der Erfahrung oder irgend einem äußeren Willen etwas zu entlehnen, als Gesetz unbedingt geboten. KANT, Immanuel: KpV, p. 55.

²⁵²Man kann das Bewußtsein dieses Grundgesetzes ein Faktum der Vernunft nennen, weil man es nicht aus vorhergehenden Datis der Vernunft, z. B. dem Bewußtsein der Freiheit (denn dieses ist uns nicht vorher gegeben), herausvernünfteln kann, sondern weil es sich für sich selbst uns aufdringt als synthetischer Satz a priori, der auf keiner, weder reinen noch empirischen Anschauung gegründet ist, ob er gleich analytisch sein würde, wenn man die Freiheit des Willens voraussetzte, wozu aber, als positivem Begriffe, eine intellektuelle

Kant sostiene que la ley moral es una proposición sintética *a priori*, que de ninguna manera puede ser empírica²⁵³. A partir de estas afirmaciones Kant parece abandonar la idea de la libertad de arbitrio (libertad negativa) como condición necesaria para que la ley moral (libertad positiva) sea válida. Por el contrario, se manifiesta a favor de la reclamación que la ley moral es un “hecho de la razón” que no necesita confirmación más allá de sí misma. Al respecto Kant afirma:

“La autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les convienen; por el contrario, toda heteronomía del arbitrio, no sólo no funda obligación alguna, sino que más bien es contraria a su principio y a la moralidad de la voluntad. En efecto, el único principio de la moralidad consiste en la independencia respecto de toda materia de la ley (o sea de un objeto deseado) y, no obstante, al mismo tiempo en la determinación del arbitrio por la sola forma legislativa universal de que debe ser capaz una máxima. Mas aquella independencia es libertad en sentido negativo, mientras que esta legislación propia de la razón pura y como tal práctica, es libertad en su acepción positiva. Por consiguiente, la ley moral no expresa sino la autonomía de la razón práctica pura, es decir, de la libertad, y esta misma es la condición formal de todas las máximas, la única bajo la cual pueden concordar con la ley práctica suprema”²⁵⁴.

Dicho en otros términos, la validez de la ley moral es “un hecho de la razón”, no necesitando deducción e incapaz de ser derivada de la libertad de arbitrio. A través de dicha afirmación reconoce como imposible una deducción de la ley basada en una demostración teórica de la libertad. Además, declarar la ley moral como un “hecho de la razón” parece también un argumento práctico, pero ahora sólo basado una ley moral en sí misma. Hay una norma de la razón (la ley moral) requiriéndonos actuar bajo la idea de la libertad. Y Kant viene así a reafirmar la idea sostenida en la *GMdS* de que, si no fuéramos libres, la ley moral no sería

Anschauung erfordert werden würde, die man hier gar nicht annehmen darf. Doch muß man, um dieses Gesetz ohne Mißdeutung pirisches, sondern das einzige Faktum der reinen Vernunft sei, die sich dadurch als ursprünglich gesetzgebend (sic volo, sic jubeo,) ankündigt. KANT, Immanuel: KpV, pp. 55-56.

²⁵³“... no debe incluirse nunca en la ley práctica un precepto práctico que encierre una condición material (y por lo tanto empírica), puesto que la ley de la voluntad pura que es libre la pone en una esfera totalmente diferente de la empírica, y la necesidad que expresa, no debiendo ser necesidad natural, no puede consistir pues meramente en condiciones formales de la posibilidad de una ley”. KANT, Immanuel: KpV, p. 59.

²⁵⁴Die Autonomie des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze unter der ihnen gemäßen Pflichten: Alle Heteronomie der Willkür gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist vielmehr dem Prinzip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen. In der Unabhängigkeit nämlich von aller Materie des Gesetzes (nämlich einem begehrten Objekte) und zugleich doch Bestimmung der Willkür durch die Bloße allegemeine gesetzgebende Form, deren eine Maxime fähig sein muß besteht das alleinige Prinzip der Sittlichkeit. Jene Unabhängigkeit aber ist Freiheit im negativen, diese eigene Gesetzgebung aber der reinen, und als solche, praktischen Vernunft, ist Freiheit im positiven Verstand. Also drückt das moralische Gesetz nichts anders aus, als die Autonomie der reinen praktischen Vernunft, d. i. der Freiheit, und diese ist selbst die formale Bedingung aller Maximen, unter der sie allein mit dem obersten praktischen Gesetze zusammenstimmen Können. KANT, Immanuel: KpV, pp. 59-60.

válida para nosotros. Por lo tanto, la moralidad no es una ilusión, la ley moral es válida para nosotros si y solo si, somos libres de manera práctica en sentido positivo²⁵⁵.

5.1.4. La Metafísica de las costumbres: libertad negativa y libertad positiva.

Luego, en la *MdS* Kant trata a la libertad tanto desde un punto de vista negativo como desde un punto de vista positivo. Respecto de la libertad en sentido negativo Kant expresa:

“La libertad del arbitrio es esta independencia de todo impulso sensible en cuanto a su determinación; tal es la noción negativa de la libertad”²⁵⁶.

Respecto del libre arbitrio sostiene:

“el arbitrio que puede ser determinado por la razón pura, se llama libre arbitrio”²⁵⁷.

La libertad negativa no puede ser entendida como libertad de elección, pues esta libertad consiste en una mera experiencia negativa y no en un conocimiento de lo que la libertad sea, pues en cuanto *noúmeno* no sabemos cómo constriñe al arbitrio sensible²⁵⁸.

Otra interpretación posible respecto a la libertad negativa la realiza Matt, entendiéndola como la voluntad humana, como aquella libertad práctica, que en la *KrV* fue diferenciada de la libertad transcendental²⁵⁹. Esta libertad práctica puede entonces ser conocida y probada a través de la experiencia y es el fenómeno del entendimiento. Es la libertad de elegir (*Wahlfreiheit*) (*das Belieben*) del individuo en tanto libertad de decisión (*Entscheidungsfreiheit*) sobre realización de las posibilidades seleccionadas en una acción, o sea actuar u omitir. Libertad práctica es, entonces, sólo la mera “libertad de acción” (*Handlungsfreiheit*) y se estructura –en la propia experiencia– en el deseo autorregulado (deseos, voluntad, persecución de la finalidad), la consciencia de la potencial realización como relación de la acción con la “consecuencia” de la verdadera realización de la voluntad (voluntad de actuar o de omitir)²⁶⁰. En consecuencia, para este autor, tanto la libertad práctica

²⁵⁵WOOD, Allen W.: Ob. Cit., pp. 134-135.

²⁵⁶Die Freiheit der Willkür ist jene Unabhängigkeit ihrer Bestimmung durch sinnliche Antriebe; dies ist der negative Begriff derselben. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 214.

²⁵⁷Die Willkür, die durch reine Vernunft bestimmt werden kann, heißt die freie Willkür. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 213.

²⁵⁸SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 182.

²⁵⁹MATT, Holger: *Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, 1. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 44.

²⁶⁰MATT, Holger: Ob. Cit., p. 45.

de la *KrV* como el “mero” arbitrio en *MdS* pueden ser entendidos como sinónimos de “libertad de acción” (*Handlungsfreiheit*)²⁶¹.

Por su parte Hruschka interpreta la libertad negativa como la independencia del hombre de sus estímulos morales, que puede ser afectada por móviles pero no determinada²⁶². Considera que este tipo de libertad se corresponde cuando el *homo noumenon* es presentado según la cualidad de su capacidad de libertad como una personalidad independiente de las determinaciones físicas.²⁶³ Este tipo de libertad no es más que un aspecto de la explicación que Kant proporciona del *homo noumenon*²⁶⁴.

Consideramos que la cuestión acerca de si la libertad negativa se puede probar o no en la experiencia, resulta poco relevante a los efectos de la imputación, puesto que Kant no se detiene en la prueba de la libertad que, ya en la *GMdS* y en la *KpV*, ha negado el conocimiento por la vía psicológica, independizando el concepto de libertad positiva del concepto de libertad negativa. Admite, entonces, que la libertad constituye un hecho *a priori* y por tanto debe ser dada por supuesta. La experiencia sólo nos proporciona algunas muestras de la autodeterminación que a los efectos de la libertad negativa la percibimos en la falta de constrictión a actuar.

El otro concepto de libertad desarrollado por Kant en la *MdS* es el de libertad positiva. A éste lo define como:

“la facultad de la razón pura de ser práctica por sí misma; lo cual no es posible más que por la sumisión de las máximas de toda acción a la condición de poder servir de ley general”²⁶⁵.

Conforme este concepto de libertad, la razón pura (práctica) es capaz a través de mi acción de causar un efecto en el mundo. Yo soy libre de mis impulsos morales, siempre y cuando sea capaz de actuar racionalmente. Lo importante del tratamiento del concepto positivo de libertad en la *MdS* es que vincula libertad y moralidad; ambas deben entenderse, desde el principio, como equivalentes. Kant sostiene:

²⁶¹MATT, Holger: Ob. Cit., p. 46.

²⁶²KANT, Immanuel: *MdS*, p. 213.

²⁶³KANT, Immanuel: *MdS-R*, p. 239.

²⁶⁴HRUSCHKA, Joachim: ARSP 88, p. 466.

²⁶⁵Das Vermögen der reinen Vernunft, für sich praktisch zu sein. Dieses ist aber nicht anders als durch die Unterwerfung der Maxime einer jeden Handlung unter die Bedingung der Tauglichkeit der ersteren zum allgemeinen Gesetze. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 214.

“Esta noción positiva de la libertad (respecto de la práctica), es la base de las leyes morales prácticas absolutas que se llaman morales. Y estas leyes –respecto de nosotros, cuyo arbitrio afectado por la sensibilidad no va siempre por esto mismo espontáneamente conforme a la voluntad pura, sino que al contrario está muchas veces en oposición con ella– son imperativos (mandato de hacer o de no hacer), y aun imperativos categóricos (absolutos o incondicionales)”²⁶⁶.

El sujeto es libre en la medida que se dicte su propia ley moral. Según esta noción de libertad el sujeto se comporta de manera libre en la medida que actúe como razón legisladora, es decir, que se dé para sí su propia ley moral. Se corresponde con el aspecto positivo de la libertad cuando el hombre está sometido a una ley que él mismo se ha impuesto. Como ser moral, el ser humano tiene la capacidad de actuar conforme a principios. La razón le otorga al hombre leyes, a las cuales él está sometido. Esta razón pura no es la de un individuo en particular, sino razón en tanto común a toda la humanidad, o dicho en otros términos, la razón legisladora, es razón universal. La universalidad implica que en la medida en que la razón sea verdaderamente práctica, el deber que se dicta al sujeto es un querer en la medida, en tanto que valga también para todos los seres racionales. Este concepto positivo de libertad es presupuesto por Kant, es decir, el mismo corresponde a la filosofía trascendente y no puede ser probado en la experiencia²⁶⁷. Al respecto Kant dice:

“La noción de la libertad es una noción de la razón pura que corresponde a la filosofía teórica trascendente. En otros términos, es una noción que no puede tener por objeto alguno adecuado en una experiencia posible cualquiera que ella sea; una noción por consiguiente que no es el objeto de un

²⁶⁶Auf diesem (in praktische Rücksicht) positiven Begriffe der Freiheit gründen sich unbedingte praktische Gesetze, welche moralisch heißen, die in Ansehung unser, deren Willkür sinnlich affiziert und so dem reinen Willen nicht von selbst angemessen, sondern oft widerstrebend ist, Imperativen (Gebote und Verbote) und zwar kategorische (unbedingte) Imperativen sind. KANT, Immanuel: MdS, p. 221.

²⁶⁷De igual forma se manifiesta en la GMdS cuando sostiene que: “... si se supone la libertad de la voluntad se obtiene por mero análisis de su concepto la moralidad junto con su principio. Sin embargo, este principio (una voluntad absolutamente buena es aquella cuya máxima puede contenerse en sí misma siempre como ley universal) sigue siendo una proposición sintética, pues por medio del análisis del concepto de una voluntad absolutamente buena no es posible hallar esa propiedad de la máxima. Pero tales proposiciones sintéticas sólo son posibles porque los dos conocimientos están enlazados uno con otro por su vinculación a un tercero, en el cual se encuentran mutuamente. El concepto positivo de la libertad crea ese tercer conocimiento, que no puede ser, como en las causas físicas, la naturaleza del mundo sensible (en cuya noción vienen a juntarse los conceptos de algo como causa en relación con algo como efecto), sólo que aquí no puede manifestarse enseguida en qué consiste tal conocimiento, que nos indica la libertad y del que a priori tenemos una idea, así como tampoco puede hacerse comprensible todavía la deducción del concepto de libertad a partir de la razón pura práctica, y con ella, la posibilidad de un imperativo categórico. Para ello hace falta aún dar algunos pasos previos”. KANT, Immanuel: GMdS, pp. 446-447.

conocimiento teórico posible para nosotros, y que por lo tanto no tiene valor como principio constitutivo, sino simplemente negativo de la razón especulativa”²⁶⁸.

Por lo tanto, existe un paralelismo entre la libertad en sentido positivo en la *MdS* y la libertad tal como se desarrolla en *GMdS* y en la *KpV*. Este concepto de libertad es una realidad *a priori*, constituye una experiencia necesaria que debe presuponerse. Además, es éste el concepto de libertad al que se refiere Kant en el tratamiento de la imputación.

5.1.5. De la libertad a la imputación.

A modo de síntesis, afirmamos que el concepto de “persona” surge del propio proceso de imputación, en la medida en que el sujeto es reconocido como el artífice del hecho, o lo que es lo mismo, su consideración como *causa libera*. El concepto de persona presupone libertad, concepto que también es necesario afirmar para que pueda existir imputación. La libertad misma no es más que la capacidad de imputación (*receptivitas imputationis*)²⁶⁹.

El sujeto obra de manera libre en la medida que se desvincula del mundo sensible; la libertad se constituye así en el fundamento del actuar del sujeto en tanto *homo noumenon*. Pero esta libertad, en tanto realidad *a priori*, no puede ser demostrada en la experiencia sensible y por ello debe presuponerse.

Por otra parte, la causalidad de la libertad, que posibilita la imputación, presupone la causación empírica de un efecto, puesto que la libertad es sólo una idea de la razón, cuya realidad objetiva es en sí misma dudosa, mientras que la naturaleza, por el contrario, es un concepto del entendimiento que demuestra su realidad, y ello de un modo necesario, en ejemplos de la experiencia. De este modo, la posibilidad (capacidad física) de obrar es condición de la imputación²⁷⁰. Por lo tanto, lo único que podemos probar a través de la experiencia es la presencia de impedimentos del orden de lo natural que conlleven la negación de la libertad.

²⁶⁸Der Begriff der Freiheit ist ein reiner Vernunftsbegriff, der ebendarum für die theoretische Philosophie transzendent, d. i., ein solcher ist, dem kein angemessenes Beispiel in irgend einer möglichen Erfahrung gegeben werden kann, welcher also keinen Gegenstand einer uns möglichen theoretischen Erkenntnis ausmacht und schlechterdings nicht für ein Konstitutives, sondern lediglich als regulatives und zwar nur bloß negatives Prinzip der spekulativen Vernunft gelten kann. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 221.

²⁶⁹SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Ob. Cit.*, p. 201.

²⁷⁰“La imputación sólo es posible sobre una causa libera, nouménica, que presupone la capacidad también empírica de alterar la situación del efecto producido”. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Ob. Cit.*, p. 180.

6. La *imputabilitas*: su graduación.

Kant coloca junto al juicio de imputación el grado de imputabilidad en función de la cual una acción puede ser imputada a su autor en mayor o menor medida. Al respecto Kant afirma:

“El grado de imputabilidad (*imputabilitas*) de las acciones debe estimarse *subjetivamente*, teniendo en cuenta la magnitud de los obstáculos que ha habido que vencer. -Cuanto mayor es el obstáculo físico (que proviene de la sensibilidad) y menor la resistencia moral (que proviene del deber), tanto más meritoria es la acción *buena*. Por ejemplo, si con gran perjuicio mío libro a mi enemigo capital de un peligro eminente.

Por el contrario, cuanto menor es el obstáculo físico, y cuanto mayor es el que resulta de los principios del deber, tanto más imputable como falta es la transgresión.– El estado del alma ocasiona, pues, una diferencia en la imputabilidad, según que el sujeto ha cometido la acción en el momento de la pasión o con plena tranquilidad”²⁷¹.

Así, el término de “*imputabilitas*” (*Zurechnungsfähigkeit*) designaría, no la moralidad sino la posibilidad de atribución concreta de la acción y del hecho. La imputabilidad designa, en definitiva, la posibilidad de juicio al agente a título de demérito o de mérito²⁷². En la *MdS-V* Kant aclara que solamente son imputables aquellas consecuencias que se originan en la libertad del actor²⁷³. Por lo tanto ello falta cuando se trata de acciones de un sujeto no libre. Por un lado falta dicha libertad cuando el sujeto actuante es un incapaz. Kant define al incapaz como un sujeto delirante o un niño menor de edad, y lo que este incapaz haga no le puede ser

²⁷¹Subjektiv ist der Grad der Zurechnungsfähigkeit (*imputabilitas*) der Handlungen nach der Größe der Hindernisse zu schätzen, die dabei haben überwunden werden müssen – Je größer die Naturhirdenisse (der Sinnlichkeit), je kleiner das moralische Hindernis (der Pflicht), desto mehr wird die gute Tat zum Verdienst angerechnet, z.B. wenn ich einen mir ganz fremden Menschen mit meiner beträchtlichen Aufopferung aus großer Not rette.

Dagegen: je kleiner das Naturhindernis, je größer das Hindernis aus Gründen der Pflicht, desto mehr wird die Übertretung (als Verschuldung) zugerechnet.- Daher der Gemütszustand, ob das Subjekt die Tat im Affekt oder mit ruhiger Überlegung verübt habe, in der Zurechnung einen Unterschied macht, der Folgen hat. KANT, Immanuel: *MdS*, p. 228.

²⁷²SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Imputación y teoría del delito. La teoría kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2008, p. 136.

²⁷³Die consecraria facti libera sive moralia, so nämlich aus der Freiheit des Handelnden entspringen, sind allein imputabel. KANT, Immanuel: *MdS-V*, p.563.

imputado²⁷⁴. Por otro lado, cuando se trata de *eventus inevitabiles*, aquellos sucesos que superan el poder de un hombre, o porque el hombre no pudo preverlos o porque él no ha podido evitarlo. Kant dice al respecto:

“... para todas estas circunstancias valen la regla: *ultra posse nemo obligatur*, y ellas no son imputables”²⁷⁵.

En suma, estos casos Kant plantea una exoneración del autor, constituyendo casos de incapacidad de imputación (*Zurechnungsunfähigkeit*)²⁷⁶.

Junto al concepto de “*imputabilitas*” Kant describe dos reglas respecto al grado de imputabilidad de acciones. La primera reza: “Cuanto mayor es el obstáculo físico (que proviene de la sensibilidad) y menor la resistencia moral (que proviene del deber), tanto más meritoria es la acción *buena*”²⁷⁷. Y la segunda “cuanto menor es el obstáculo físico, y cuanto mayor es el que resulta de los principios del deber, tanto más imputable como falta es la transgresión”²⁷⁸

Existen dos tipos diversos de obstáculos, los naturales como barreras en el mundo sensible, en tanto que los deberes son barreras morales en el mundo inteligible²⁷⁹. Como bien sostiene Joerden, se torna problemático con el referido pasaje de Kant la alusión al “obstáculo moral”, en referencia al deber, dado que permanece oscuro de momento, por qué en la ejecución de una acción moral se debe tratar de la superación (*Überwindung*) de un obstáculo de tal naturaleza²⁸⁰.

El pasaje antes transcrito se torna comprensible, según Joerden, cuando se aclara si se trata de un obstáculo en referencia a la ejecución o, de un obstáculo en cuanto a la omisión de la

²⁷⁴wenn ein rasender Mensch oder ein unmündiges Kind etwas thut, das kann ihm nicht imputirt werden. KANT, Immanuel: „Praktische Philosophy Powalsky“ en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der Akademie der Wissenschaften der DDR, Band 27/4, 1.Hälfte, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1974, p. 156.

²⁷⁵von allem diese Umständen gilt die Regel: *ultra posse nemo obligatur*, und sin nicht imputabel” KANT, Immanuel: MdS-V, p. 563.

²⁷⁶PAWLIK, Michael: *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 1. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2012, p. 299.

²⁷⁷Je größer die Naturhindernisse (der Sinnlichkeit), je kleiner das moralische Hindernis (der Pflicht), desto mehr wird die gute Tat zum Verdienst angerechnet. KANT, Immanuel: MdS, p. 228.

²⁷⁸ je kleiner das Naturhindernis, je größer das Hindernis aus Gründen der Pflicht, desto mehr wird die Übertretung (als Verschuldung) zugerechnet. KANT, Immanuel: MdS, p. 228.

²⁷⁹BYRD Sharon, HRUSCHKA Joachim: *Kant’s Doctrine of Right*, p. 309.

²⁸⁰JOERDEN, Jan C: ARSP, p. 528.

respectiva acción. Aquí cambia el punto de vista director al interior de la fórmula para la conducta meritoria del igual modo que al interior de la fórmula para el hecho culpable. En primer lugar, este cambio torna también comprensible, porque en una fórmula la magnitud de los obstáculos respectivos deben ser directamente proporcionales, mientras que en la otra, sin embargo, deben ser inversamente proporcionales al grado de la imputación. Si se quiere evitar esta vaguedad en ambas fórmulas originales de Kant, es necesaria una reformulación en la que el punto de referencia de los obstáculos tome en consideración el cambio en el modo de comportamiento²⁸¹.

Joerden sugiere que la primera de las fórmulas debe entonces decir: “Cuanto mayor el obstáculo físico (de la sensibilidad) para la ejecución de la acción y menor la resistencia moral (del deber) para su omisión, tanto más es valorado el buen hecho al mérito”²⁸² Y la segunda fórmula debe rezar: “cuanto menor el obstáculo natural para la omisión de la acción y mayor el obstáculo por razones de deber para su ejecución, tanto más es imputada la trasgresión como culpable”²⁸³.

7. Excurso: la finalidad de la pena según Kant.

El propósito del presente apartado no es resolver las contradicciones que aparecen en el ámbito de la finalidad de la pena sino tan sólo visibilizarlas y plantear, en la medida de lo posible, guías para una posible solución.

Si reconocemos en Kant, como lo hace Hruschka, el nivel valorativo de la adecuación de la norma al hecho (*applicatio legis ad factum*), este estadio pertenece a la norma de conducta en su función retrospectiva, es decir, desde la perspectiva *ex post*. Las mismas son la contracara de las mismas normas de conducta en su función prospectiva, o sea, desde la perspectiva *ex ante*²⁸⁴. Ahora bien, las normas de conductas en su función prospectiva cumplen una función preventiva orientando las conductas de los ciudadanos, otorgándoles pautas de acción o, con

²⁸¹JOERDEN, Jan C: ARSP, pp. 530-531.

²⁸²„Je größer die Naturhindernisse (der Sinnlichkeit) für die Vornahme der Handlung, je kleiner das moralische Hindernis (der Pflicht) für ihre Unterlassung, desto mehr wird die gute Tat zum Verdienst angerechnet“ JOERDEN, Jan C: ARSP, p. 531.

²⁸³„Je kleiner das natürliche Hindernis für die Unterlassung der Handlung, je größer Hindernis aus Gründen der Pflicht für ihre Vornahme, desto mehr wird die Übertretung (als Verschuldung) zugerechnet“. JOERDEN, Jan C: ARSP, p. 531.

²⁸⁴HRUSCHKA, Joachim: „Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln“ en “Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts“ begründet und hereausgegeben von Karl Englich, Hans Kelsen, Ulrich Klisch und Sir Karl. R. Popper, 22. Band, Berlin, Dunker & Humblot, 1991, pp. 450-451.

otras palabras, las reglas de conducta desde la perspectiva *ex ante* cumplen una función de prevención general. Por lo cual resulta contradictorio reconocer en Kant esta función de la norma por un lado y por otro lado sostener que el filósofo de Königsberg mantiene que la pena tiene finalidad absoluta. El problema reside en cómo resolver esta contradicción entre función preventivo-general de la norma de conducta y finalidad absoluta de la pena. Las respuestas que se han dado a estas contradicciones han dado lugar a diversas interpretaciones, desde aquellas que sostienen que Kant no tiene realmente una teoría coherente de la pena, sino solo un revoltijo de pensamientos semi-conectados²⁸⁵, hasta las que niegan totalmente que en Kant exista una “teoría de la pena”²⁸⁶.

En primer lugar, el propio Kant reconoce la finalidad preventiva general de la ley penal al tratar el caso de la tabla de Carnéades, al que anteriormente hemos hecho referencia al tratar los niveles de imputación; dice expresamente que en estos casos:

“En efecto no puede haber ninguna ley penal que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza, apoderándose de la tabla con cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora, nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tendría fuerza alguna represiva; porque la amenaza de un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia del juez) no puede igualar al tenor de un mal seguro (el de perecer ahogado)”²⁸⁷.

En este pasaje reconoce que la ley penal debe influir en las personas, teniendo un efecto disuasorio. Y, en caso de que ello no fuese posible (como lo es en el caso de *ius necessitatis*), no resulta viable la aplicación de una pena. Por lo tanto, Kant reconoce una finalidad disuasoria de la amenaza penal.

Los defensores de la finalidad absoluta de la pena, sin embargo, se han valido del pasaje de la *MdS-R* de Kant en el que al tratar el derecho penal afirma que:

²⁸⁵HILL, Thomas E. (jr.): *Respect, Pluralism, and Justice. Kantian perspectives*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 174.

²⁸⁶MURPHY, JEFFRIE G.: “Does Kant have a Theory of Punishment?”, en “Columbia Law Review, vol. 87, (1987), p. 532.

²⁸⁷Es kann nämlich kein Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkennt, der im Schiffbruche, mit einem anderen in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten, denn die durchs Gesetz angefrohte Strafe könnte docht nicht größer sein als die des Verlustes des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch ungewiß ist (dem Tod durch den richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Übel, was gewiß ist (nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen. KANT, Immanuel: *MdS-R*, p. 235.

“la ley penal es un imperativo categórico”²⁸⁸.

Según Hruschka existe una confusión en torno a la finalidad de la pena en Kant, dado que este pasaje es frecuentemente entendido como “la pena es un mandato categórico”²⁸⁹. Según su interpretación del pasaje de Kant se trata, por el contrario, de la formulación de Kant del principio de legalidad. La ley da una orden incondicional de castigar al autor penal (el asesino debe ser penado). Por lo tanto, “la ley penal es un imperativo categórico”, es algo distinto a decir que “la pena es un imperativo categórico”²⁹⁰.

En otro pasaje Kant sostiene que:

“La pena jurídica (*poena foerensis*) (...) no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando pueda ser condenado a perder la personalidad civil”²⁹¹.

Según la interpretación que seguimos, dicho pasaje se dirige al Estado que no debe utilizar la pena con fines utilitaristas, es decir considerar al condenado como simple medio de otras finalidades. Lo que aquí Kant prohíbe es el “tratamiento de prevención especial”, pues una pena orientada a esta finalidad supone instrumentalizar al sujeto, lo que implicaría tratar al sujeto como simple medio y no como finalidad en sí misma.

Otro pasaje utilizado por los defensores de la finalidad absoluta de la pena en Kant es el referido al *ius talionis*, en el cual, a través de un ejemplo, sostiene:

“si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si por ejemplo, un pueblo que habitase una isla se decidiese a abandonarla y a dispersarse, el último asesino

²⁸⁸Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ. KANT, Immanuel: MdS-R, p. 331.

²⁸⁹BYRD Sharon, HRUSCHKA Joachim: „Kant zu Strafrecht und Strafe in Rechtsstaat“ en „Juristenzeitung“, herausgegeben von Matthias Jestaedt, Herbert Roth, Rolf Stürner, und Joachim Vogel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 461.

²⁹⁰El autor de la frase (la pena es un imperativo categórico) no es por lo tanto Kant, sino Lüderssen – otro caso de una fracasada recepción de una elevada filosofía abstracta. HRUSCHKA Joachim: „Die interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie – eine Wissenschaft oder eine Ideologie?“ en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Band 124, Berlin, Walter de Gruyter, 2012, pp. 434-435.

²⁹¹Richterliche Strafe (*poena forensis*) (...) kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrechen selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewohl ihm seine angeborene Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. KANT, Immanuel: MdS-R, p. 331.

detenido en una prisión, debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”²⁹².

Este pasaje no se refiere sino a la concreta medida de la pena, adoptando como criterio la ley del talión, pero el *ius talionis* y la teoría absoluta de la pena no son sinónimos. La utilización de este criterio de medición de la pena puede ser utilizada tanto por teorías absolutas como por fundamentaciones utilitaristas de la pena²⁹³. Dicho en otros términos, el elemento de la pena que es señalado en la idea retributiva de la *lex talionis*, de acuerdo con Kant, es el monto y el tipo de pena que es apropiada para un delito dado. En la determinación de la pena, Kant nos dice que consideraciones teleológicas no deben ser tenidas en cuenta²⁹⁴.

Consideramos que reducir la finalidad de la pena en Kant a una finalidad absoluta sin más, implica simplificar su teoría penal. Asimismo, dicha interpretación resulta contradictoria con su teoría de la imputación. Tanto la pena como la imputación deben estar en consonancia; debemos reconocer pues, una finalidad preventivo general al menos en el momento de la amenaza penal²⁹⁵.

8. Resumen

- La definición de derecho de Kant puede ser entendida en los siguientes términos: obra externamente según normas del derecho positivo y del derecho natural de tal manera que el libre uso de tu libertad pueda coexistir con la libertad de los demás según una ley general.

²⁹²Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich alle Welt zu zertreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gegrungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlicher Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann. KANT, Immanuel: MdS-R, p. 333.

²⁹³SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 155.

²⁹⁴POTTER, Nelson: “Kant on Obligation and Motivation in Law and Ethics” en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 106.

²⁹⁵En sentido similar, HILL sostiene que “La pena puede, y debería, evitar tratar al delincuente individual como un mero medio de beneficios sociales, sin embargo la disuasión juega un rol significativo en la práctica de la pena”. HILL, Thomas E. (jr.): “Wrongdoing, Desert, and Punishment” en “Kant and Law”, edited by B. Sharon Byrd and Joachim Hruschka, Aldershot (UK), Ashgate, 2006, p. 366.

- La moral, al tener como único móvil de la acción al deber mismo, carece de medios externos de coerción y sólo aquél tiene la aptitud de obligar (auto-obligación) al sujeto. El derecho, por el contrario, apela a motivos distintos al propio deber, es decir, a la coerción externa para obtener del destinatario la conducta deseada.
- Del concepto de imputación de Kant es posible inferir dos juicios de imputación, aplicables a toda forma de imputación. El primero de ellos consiste en atribuir un suceso a un sujeto, a partir del cual dicho suceso se llama “hecho” y el sujeto es considerado su artífice (*Urheber* o *causa libera*). El segundo de los juicios, por su parte, consiste en imputar el hecho como meritorio o demeritorio, según el caso.
- El “hecho” es el resultado de un juicio de atribución, mediante el cual se considera el fenómeno acaecido como proveniente de una persona libre, es decir, en tanto “*causa libera*”.
- Según Hruschka, es posible distinguir en Kant la imputación al hecho de la valoración del hecho conforme a la norma. Las causas de justificación pertenecen a la valoración del hecho conforme a la norma (*applicatio legis ad factum*), no siendo estrictamente un juicio de imputación sino sólo una valoración del hecho previamente atribuido al sujeto (*imputatio facti*) conforme a un baremo (la norma de conducta desde la perspectiva *ex post*).
- El resultado de la valoración (norma de conducta en su función retrospectiva) puede adoptar los siguientes matices: puede ser “más de lo que la ley requiere” (meritorio), “menos de lo que la ley requiere (demerito), o “exactamente lo que la ley requiere” (debido).
- El segundo paso del proceso de imputación es la atribución del hecho valorado a título de mérito o de demérito, en el caso de la imputación moral, o de imputación a título de “recompensa” o “culpabilidad”.
- Kant, a través de *modus imputationis tollens*, quiere significar que las consecuencias de una acción debida no son reprochables, del mismo modo que dejar de realizar algo que va más allá de lo debido. El *modus imputationis ponens*, por su parte, permite

imputar tanto las consecuencias buenas de una acción meritoria como las consecuencias malas de la acción reprochable.

- La imputación, plena tal como la plantea Kant, implica el conocimiento de los motivos del agente que acompañan al hecho en cuestión: tanto del carácter prohibido, si se trata de un delito, como del carácter recompensado, si se trata de algo meritorio.
- Kant considera a la persona como centro de imputación. La imputación es constitutiva de la persona. El carácter de persona se afirma imputando, atribuyendo responsabilidad al sujeto por su obrar. La imputación implica libertad y la libertad autonomía. Persona es todo sujeto autónomo, todo aquel que se dicte su propia norma moral (auto-legislador).
- La tercera antinomia se resuelve reconociendo la doble naturaleza del hombre: una empírica y otra inteligible. Los dos principios que gobiernan al hombre son independientes el uno del otro y, por tanto, no se afectan ni se contradicen. El ser humano, en cuanto perteneciente al mundo sensible, es un objeto sometido a la causalidad. Por el contrario, el sujeto en tanto ser inteligible, se concibe como libre.
- La libertad en Kant no es un concepto de la experiencia, ni puede serlo, sino que se presenta como una experiencia necesaria que debe presuponerse. La libertad es una propiedad de la voluntad de todos los seres racionales y no bastaría deducirla de ciertas experiencias hechas sobre la naturaleza humana.
- La libertad en sentido negativo debe ser entendida como la independencia de toda inclinación.
- Existe un paralelismo entre la libertad en sentido positivo en la *MdS* y la libertad transcendental en la *KrV*. Este concepto de libertad es una realidad *a priori*, constituye una experiencia necesaria que debe presuponerse.
- El término de “*imputabilitas*” designa la posibilidad de atribución concreta de la acción y del hecho. Las fórmulas de la *imputabilitas* deben ser interpretadas de la siguiente manera, la primera: “Cuanto mayor el obstáculo físico (de la sensibilidad) para la ejecución de la acción y menor la resistencia moral (del deber) para su omisión, tanto más es valorado el buen hecho al mérito”; y la segunda “cuanto menor el

obstáculo natural para la omisión de la acción y mayor el obstáculo por razones de deber para su ejecución, tanto más es imputada la trasgresión como culpable”.

- Reducir la finalidad de la pena en Kant a una finalidad absoluta sin más implica simplificar su teoría penal. Asimismo, dicha interpretación resulta contradictoria con su teoría de la imputación. Consideramos que tanto la pena como la imputación deben estar en consonancia; debemos reconocer, pues, una finalidad preventivo general al menos en el momento de la amenaza penal.

CAPÍTULO II: La imputación según Hegel.

1. Introducción.

Hegel se plantea como cometido reducir a la unidad de la idea absoluta de la moralidad los “momentos disgregados de la moralidad orgánica”, tal como los conocía el derecho natural. Emprende la tarea de superar la dicotomía entre un derecho natural atemporal y ahistórico y un derecho positivo relativo o hipotético. Promueve el ensayo de fundir la conceptualidad intemporal y la mutación histórica a través de la puesta al descubierto en el concepto mismo de una dinámica interna, un proceso que tiene lugar en el “ahora” temporal, en el cual el desarrollo del concepto entra en un paralelismo con desarrollo temporal²⁹⁶. Esta estructura dinámica Hegel la encuentra en la “dialéctica”²⁹⁷.

El establecimiento de la dialéctica consta de una tesis, una antítesis y una síntesis. En este esquema tesis y antítesis no deben ser entendidas como dos sólidas dimensiones contrapuestas, sino que representan momentos opuestos en el movimiento del espíritu, que son cancelados en la síntesis como unidad general. La dialéctica es el propio movimiento inmanente de los conceptos. Su especial significado yace allí, en que ella comprende para distinguir, no para separar, en la medida que relativiza las contradicciones y las neutraliza en conceptos más elevados²⁹⁸.

La mayor diferencia entre el planteamiento de Hegel respecto de el de Kant se encuentra en el análisis del dualismo entre libertad y determinación. Para Kant existen dos mundos, el mundo natural con el principio de la causalidad y el mundo trascendental con el principio de la libertad, ambos irreconciliables y frente a los fines últimos, inexplicable. Este dualismo no existe en Hegel. Según la filosofía hegeliana el mundo inteligible y el mundo natural, o sea, el mundo del espíritu y el mundo material, son idénticos. Para autores como Bubnoff o Larenz, dicha dualidad es abolida en la teoría absolutamente idealista monista de Hegel. Bubnoff recalca que “identidad” no significa por ejemplo conformidad matemática, sino que es

²⁹⁶Tanto el desarrollo temporal como el desarrollo del concepto están sujetos a la misma ley de la dialéctica. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1820/21), 1. Auflage, herausgegeben von Bernhard Lakebrink, Stuttgart, Reclam Verlag, 2009, § 1 y § 22 (adición), pp. 61-62, p. 98.

²⁹⁷WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, Buenos Aires, B de F, 2005, p. 237.

²⁹⁸BUBNOFF, Ekhart: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1. Auslage, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1966, p. 38.

especulativa²⁹⁹, para entender como unidad de las negadas diferencias en la autoconsciencia³⁰⁰. Hardwig, por su parte, rechaza el punto de vista idealista monista; él considera que en Hegel existen dos mundos, pero no en la tajante división que había planteado Kant. Según su punto de vista, ambos mundos son polares uno contra el otro. La voluntad es libre y no libre al mismo tiempo, libre en cuanto ella se fundamenta en la razón pensable, no libre y por tanto arbitrio (*Willkür*) en cuanto está en contradicción con la razón general³⁰¹.

2. Los estadios dialécticos de la filosofía del derecho hegeliana.

La *Filosofía del Derecho* de Hegel transita dialécticamente por tres niveles diversos, ellos son: el del Derecho abstracto (*abstraktes Recht*), la moralidad (*Moralität*) o moralidad subjetiva y la eticidad (*Sittlichkeit*) o moralidad objetiva.

Como hemos visto, Kant distingue entre la moralidad y la legalidad de la acción. De esta manera, actúa moralmente quien se dicta su propia ley universal. La norma jurídica exige, en cambio, sólo la conformidad externa con la norma sin consideración de su móvil. Esta dualidad en Hegel desaparece, puesto que en este autor derecho y moral son idénticos, una unidad general (*übergreifende Einheit*). La eticidad (S), como estadio último en la dialéctica del movimiento, es objetivada. La moralidad (M) como consciencia moral subjetiva y como convicción privada (*private Gesinnung*), y el derecho abstracto como declaración de aquellas formas de vida externa, son sólo estadios dialécticos. La eticidad (S) es la síntesis de la moralidad y la legalidad. Ella comprende todas aquellas instituciones de los seres humanos, las cuales la consciencia general (*Gattungsvernunft*) lleva a su la realización en la convivencia externa, en la que por lo tanto, se acentúa uniformemente su carácter jurídico y moral. De esta manera, Derecho y moralidad objetiva no son como en Kant un “deber ser” (*Sollen*), sino un “ser” (*Sein*), una realidad histórica concreta³⁰².

²⁹⁹Especulativo significa: lo dado derivado de la metafísica, la experiencia de la idea aquí creadora y constructiva en la búsqueda de la comprensión. Nos estamos refiriendo, por consiguiente, al método dialéctico del sistema hegeliano. BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 37-38.

³⁰⁰LARENZ, Karl: *Einführung in Hegel rechtsphilosophie*, 1. Auflage, Berlin, Junker & Dünhaupt Verlag, 1931, p. 16.

³⁰¹HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung*, p. 54.

³⁰²eine konkrete geschichtliche Wirklichkeit. BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 40.

Hegel aborda al derecho penal en los tres niveles de su sistema dialéctico, y no sólo en los párrafos concernientes a “violencia y delito” (§ 89-103), si bien es verdad que en el estadio de la Moralidad (M) es donde se encuentran las mayores aportaciones³⁰³.

En el más bajo nivel del movimiento dialéctico de la moralidad se encuentra el derecho abstracto³⁰⁴, lo en sí (*das An-Sich*) del espíritu objetivo. En este nivel el derecho refiere solamente a la relación de los hombres, en tanto personas abstractas. A este nivel del conocimiento pertenece la máxima del § 36 “*sé persona y respeta a lo demás como personas*”³⁰⁵, constituyendo el precepto jurídico fundamental de este estadio³⁰⁶.

El derecho abstracto no puede ser saltado como nivel del pensamiento³⁰⁷. Este estadio del desarrollo todavía no presupone el concepto de Estado y tampoco apela a la consciencia moral. En este nivel el individuo se limita a tomar parte del derecho de cosas, es decir, aquello que corresponde a cada uno en materia de propiedad. Las reglas jurídicas son el resultado no del sujeto sino del mundo exterior, un mundo atomizado en múltiples posesiones y que se reconoce en su organización patrimonial³⁰⁸.

La filosofía del derecho se ocupa del delito en primer lugar en el derecho abstracto. Una más detallada comprensión del concepto del delito como “la lesión del derecho como derecho” presupone, por tanto, no sólo la explicación de este que Hegel en general como derecho comprende. Al mismo tiempo deben ser descritas las primeras formas de desarrollo. Luego, sólo a ellas está contrapuesto el delito en su categorialidad fundamental³⁰⁹. Al nivel del derecho abstracto pertenece también el derecho en tanto prohibición, y en él el criminal se comporta fácticamente como individuo abstracto³¹⁰. La respuesta al delito es en este nivel, por

³⁰³MERLE, Jean-Christophe: „Was ist Hegels Straftheorie?“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 147; MAYER, Hellmuth: „Kant, Hegel und das Strafrecht“, en „Festschrift für Karl Englisch zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 1969, p. 75.

³⁰⁴Con referencia al acto concreto y a las relaciones morales y éticas, frente a su posterior contenido, el Derecho abstracto sólo constituye una posibilidad; por eso, la prescripción jurídica únicamente es la facultad o licitud. La necesidad de este Derecho, en base de su abstracción, se limita a la prohibición: no perjudicar la personalidad y lo que le atañe. Por ello sólo son prohibiciones jurídicas y la forma afirmativa de las normas jurídicas debe tomar como base a la prohibición de acuerdo a su contenido último. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 36, p. 119.

³⁰⁵*Sei eine Person und respektiere die andern als Personen.* HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 36, p. 118.

³⁰⁶BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 41.

³⁰⁷MAYER, Hellmuth: FS-Englisch, p. 75.

³⁰⁸MARMASSE, Giles: “Qui est coupable? Action et imputation chez Hegel” en “Hegel penseur du droit” direction Jean-François Kervégan et Gilles Marmasse, Paris, CNRS éditions, 2004; p. 114.

³⁰⁹KLESCZEWSKI, Diethelm: *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Eine systematische Analyse des Verbrechen- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1. Auflage, Berlin, Dunker & Humblot, 1900, p. 26.

³¹⁰MAYER, Hellmuth: FS-Englisch, p. 75.

su parte, la venganza y no la pena como superación racional de la irracionalidad expresada en el delito.

El segundo nivel del desarrollo dialéctico pertenece a la Moralidad (*Moralität*). Por “moralidad” Hegel no entiende lo que comúnmente se comprende por “moral”, es decir el apego incondicional (interno) de la personalidad a la norma moral, esto pertenece al ámbito del “espíritu absoluto”. Para Hegel la moralidad sólo comprende la forma de la subjetividad, la libertad abstracta del por sí existente individuo en su derecho limitado. Aquí el individuo no encuentra sino en sí mismo las reglas de su actuar. Tal como ejemplifica Marmasse, tanto el comportamiento hedonista como la actitud moral de tipo kantiana apuntan a este estadio del pensamiento, en estos dos casos los agentes no se someten a ninguna obligación objetiva, sea ella jurídica (en el sentido del derecho abstracto) o ética (en el sentido de la eticidad), en la medida que el enamorado del placer como el individuo actuante por puro deber producen espontáneamente la máxima de su acción: ellos constituyen, el uno y el otro, figuras de la moralidad³¹¹.

En razón de su origen individual, o sea subjetivo, Hegel pone en duda el actuar moral, puesto que él puede ser completamente inefectivo o incluso inmoral (en el sentido de la eticidad). Pero al mismo tiempo el actuar en este nivel manifiesta el derecho del sujeto a realizarse en los fines que él mismo ha escogido. La moralidad juega un rol indispensable en la economía general de la filosofía del derecho. En efecto, como desarrollo de la subjetividad actuante, ella proporciona las condiciones sistemáticas del advenimiento de la *Gesinnung* ética específicamente moderna³¹². La importancia de este nivel del desarrollo reside en que es en este estadio donde Hegel desarrolla mayormente su teoría penal, en especial las teorías de la imputación y la teoría de la culpabilidad.

Tanto el derecho abstracto (R), como la moralidad (M) se cancelan en la eticidad (S), constituyendo éste el verdadero derecho, con lo cual el derecho verdadero y la eticidad (S) son idénticos, o sea una unidad trascendental³¹³. Sólo en este tercer nivel las exposiciones sobre el derecho penal son concluidas³¹⁴.

³¹¹MARMASSE, Giles: Ob. Cit., p. 114.

³¹²MARMASSE, Giles: Ob. Cit., pp. 114-115.

³¹³BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 41.

³¹⁴MAYER, Hellmuth: FS-Englisch, pp. 75-76.

El derecho en este tercer estadio del pensamiento no es, por lo tanto, ya objetivo porque él se corresponde con la convicción general, el sentimiento del derecho de todo o de la mayoría del pueblo, sino porque él es algo racional general, porque él es una idea válida general (con validez general) y como tal real. Hegel sólo conoce un derecho, la idea del derecho (*die Idee des Rechts*) como unidad de su concepto y de su realización³¹⁵.

Lo que Hegel llama “Filosofía del derecho” no es, por tanto, nada distinto a la filosofía del espíritu objetivo, o sea, a la filosofía de todas aquellas determinaciones y relaciones de los hombres entre sí que se distinguen en su libertad, en su existencia como ser racional, que se manifiestan en la elevada naturaleza del hombre: Derecho y Estado, familia y sociedad, y finalmente en el ámbito total de la historia como proceso temporal, en el cual la libertad, el espíritu como en el eterno contra-juego (*WiderSpiel*) de poderes e ideas, se desarrolla en el eterno desenvolvimiento de sí mismo³¹⁶.

En esta unidad dialéctica Hegel pone de manifiesto un punto crucial de su filosofía del Derecho: el individuo queda referido a la comunidad también en su existencia moral y subordinado a ella. Como señala Welzel, en Hegel comunidad e individuo son así miembros con valor propios de una totalidad cuyos momentos se hallan condicionados entre sí³¹⁷.

3. El concepto de voluntad en Hegel.

El concepto de “voluntad” (*Wille*) resulta fundamental para comprender la teoría de la imputación de Hegel. Demás está señalar que también este concepto transita por los tres niveles de desarrollo. En Hegel el espíritu como eterna actividad es tanto voluntad como reconocida razón. En la totalidad de la unidad originaria e integridad del yo, pertenecen juntos pensamiento (*Denken*) y voluntad (*Wille*); “la razón” (*Vernunft*) y “la voluntad” (*Wille*) no son poderes o capacidades cualesquiera con los cuales el sujeto está dotado junto a otros, sino que ellas son el sujeto mismo; no se lo puede despegar del sujeto, ni éste puede ser pensado sin aquellas. Como ilustra Larenz, yo no tengo una voluntad o una razón, como tengo pelos o

³¹⁵BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 42.

³¹⁶LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 50

³¹⁷Ni la comunidad es todo y el individuo nada, como enseñaba el colectivismo, ni el individuo es el todo y la comunidad mero aparato protector para él, como cree el individualismo, sino que ambos tienen una propia sustancia, independiente frente al otro y no tomada por él, la comunidad formula al individuo cometidos supraindividuales, mientras que, luchando por ellos y por la entrega a ellos, el individuo adquiere su propio valor ético, que no le es prestado por la comunidad, sino que le corresponde por su propio obrar. El individuo y el colectivismo quedan así superados en este punto crucial de toda ética y toda filosofía social. WELZEL, Hans: Ob. Cit., p. 240.

ñas, sino yo soy voluntad, pensamiento, razón y, en este sentido, “yo” soy sujeto, espíritu. Voluntad y pensamiento son, en tanto momentos del espíritu, uno solo. La individualidad (*Selbstheit*) es autoconsciencia (*Selbstbewußtsein*) y autodeterminación (*Selbstbestimmtheit*); el sujeto es pensamiento y voluntad en un sujeto y, por tanto espíritu. De esta manera, en Hegel no hay pensamiento sin voluntad ni voluntad sin pensamiento. Todo pensamiento es también voluntad, porque él es actuación (*Tätigkeit*)³¹⁸, actividad (*Aktivität*) y espontaneidad (*Spontaneität*); porque puedo querer, pensar, y todo lo pensado es también lo querido, como aspiración pensada³¹⁹.

En el primer estadio del sistema dialéctico la voluntad encierra el momento del pensamiento como la pura autoconsciencia en sí. Es el momento de la mera unidad, la “*Sichselbstgleichheit*”. La voluntad no es un montón de ambiciones desordenadas, sino como voluntad de un sujeto es una unidad indivisible³²⁰. En este momento la voluntad es, como sostiene Hegel, “la ilimitada infinitud de la absoluta abstracción o universalidad, el puro pensamiento de sí mismo”³²¹.

Aquí la libertad es la “liberación del vacío” (*Freiheit der Leere*), se expresa en “la absoluta posibilidad de poder abstraerme de cada determinación, en la cual me encuentro, o en la que me he colocado”³²². Con otras palabras, en la posibilidad de elegir esto o lo otro.

La libertad del vacío constituye la más alta expresión de toda especialidad (*Besonderheit*), pero al mismo tiempo, cuando ese momento está separado y llevado al extremo, se torna principio del mal. La posibilidad del mal está contenida, de esta manera, ya en el primer momento de la voluntad³²³. En términos de Hegel:

“la consciencia de sí en la vanidad de todas las determinaciones vigentes y en la pura intimidad de la voluntad, es la posibilidad de establecer como principio lo que es universal en sí y por sí, como, sobre lo

³¹⁸Si bien la palabra alemana „*Tätigkeit*” significa actividad, dado que ésta palabra es utilizada a continuación, nos hace suponer que está utilizada con otra de sus acepciones.

³¹⁹LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 39.

³²⁰LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 40.

³²¹...die schrankenlose Unendlichkeit der *absoluten Abstraktion* oder *Allgemeinheit*, das reine *Denken* seiner selbst. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 5, p. 77.

³²²Diese *absolute Möglichkeit* von jeder Bestimmung, in der Ich mich finde oder die Ich in mich gesetzt habe, *abstrahieren* zu können. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 5, p. 77; “En este elemento de la voluntad yace, que me puedo desprender de todo, de renunciar a todas las finalidades, de abstraerme de todo. El hombre por sí solo puede renunciar a todo, también a su vida: él puede cometer un suicidio; el animal no puede hacer esto”. GPhR, Zusatz § 5, pp. 78-79.

³²³LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 40.

universal, el albedrío, la propia particularidad y de realizarla mediante el obrar es decir, es la posibilidad de ser mala.

La consciencia de la subjetividad consiste simplemente en esto: estar en el momento de volcarse en el *mal*; la moral y el mal tienen su raíz común en conocer por sí mismos que aquella (la consciencia), es por sí y que conoce y decide por sí³²⁴.

El segundo momento de la voluntad lo constituye la especialización (*Besonderung*), la negación de la primera negación abstracta, que Hegel en su § 6 lo define como:

“...el paso de la indistinta indeterminación a la *distinción*, esto es, a la *determinación* y a establecer una *determinación* como *contenido* y *objeto* (...) es el momento absoluto de la *finitud* o *individualización del Yo*”³²⁵.

Esta voluntad, en la medida en que siempre quiere algo, es una finalidad especial y limitada a lo querido. Como sostiene Hegel: “la voluntad siempre quiere algo, es el límite, la negación”³²⁶, “la razón pensante, como voluntad, es esto: resolverse a la *finitud*”³²⁷. El contenido de la voluntad, la finalidad, es para ella una limitación, porque entre las muchas posibles finalidades una excluye a las otras. La voluntad que quiere algo es en este sentido una voluntad finita, limitada. Yace en la esencia de la voluntad que ella se especialice y se haga finita, que ella se dé los objetos. En la medida que ahora las decisiones individuales de la voluntad son distintas en cuanto al contenido una contra la otra, son insignificantes y finitas, ella contradice la voluntad del primer momento aunque la personalidad en todos sus enunciados permanece en sí misma igual³²⁸.

El último momento de la voluntad es la superación de ambos anteriores, la resolución sintética y dialéctica de la contradicción, es la concreta unidad (síntesis), la totalidad del Yo (*die Totalität des Ich*)³²⁹. La voluntad del tercer momento del pensamiento es “la

³²⁴Das Selbstbewußtsein in der Eitelkeit aller sonst geltenden Bestimmungen und in der reinen Innerlichkeit des Willens ist ebensoher die Möglichkeit, das *an und für sich Allgemeine*, als die *Willkür*, die eigene Besonderheit über das Allgemeine zum Prinzip zu machen und sie durch Handeln zu realisieren – *böse* zu sein.

Das Gewissen ist als formelle Subjektivität schlechthin dies, auf dem Sprunge zu sein, ins *Böse* umzuschlagen; an der für sich wissenden und Beschließenden Gewißheit seiner selbst haben beiden, die Moralität und das Böse, ihre gemeinschaftliche Wurzel. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 139, p. 260.

³²⁵...das Übergehen aus unterschiedloser Unbestimmtheit zur *Unterscheidung*, *Bestimmen* und *Setzen* einer Bestimmtheit als eines Inhalts und Gegenstands (...) das absolute Moment der *Endlichkeit* oder *Besonderung* des Ich. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 5, p. 79.

³²⁶HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 6, p. 81.

³²⁷die denkende Vernunft ist als Wille dies, sich zur *Endlichkeit* zu entschließen”. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 13, p. 90.

³²⁸LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 41.

³²⁹LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 41.

particularidad reflejada en sí y referida a la universalidad”³³⁰. Pero como aclara HEGEL, esta universalidad no es *a priori*, puesto que la voluntad

“...no es conclusión y universalidad antes de determinarse y antes de la eliminación e idealización de esa determinación, sino que es voluntad en cuanto a actividad que se concilia en sí y como reversión a sí”³³¹.

La voluntad se conoce en cada limitación como poder infinito, el poder se puede negar y se puede exceder; en toda multiplicidad la voluntad es la unidad trascendental y, por lo tanto, ilimitada; en toda ambición especial demuestra la totalidad de la personalidad. Esta unidad, la unidad de la personalidad, del yo tanto querido como yo pensado, la unidad que en todos sus momentos es toda e indivisa³³², en términos de Hegel “es la última fuente originaria de toda actividad, vida y consciencia”³³³.

4. El concepto de acción final.

Hegel define como acción “la declaración de la voluntad subjetiva o moral”³³⁴. Para lograr una comprensión cabal del presente concepto resulta necesario abordar otros dos conceptos que se hallan junto a la acción final en estrecha sintonía. Ellos son el concepto de “finalidad” (*Zweck*) y el de “libertad”.

4.1. La finalidad.

El concepto de “finalidad” resulta de suma importancia tanto para comprender el concepto imputación en Hegel como además para poder superar la antinomia propia del idealismo kantiano entre actuar libre *a priori* y, por tanto, indemostrable, y la voluntad fenoménica sometida a la ley de la causalidad.

³³⁰Esto es, la *individualidad*; la *autodeterminación* del Yo de ponerse en lo *Uno* como negación de sí mismo, en cuanto determinado, limitado; y de quedar en sí, esto es, en la propia identidad consigo, en la propia universalidad y de unirse consigo mismo, en la determinación. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 7, p. 82.

³³¹... er ist nicht ein Fertiges und Allgemeines vor seinem Bestimmen, sondern er ist erst Wille als diese sich in sich vermittelnde Tätigkeit und Rückkehr in sich. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 7, p. 83.

³³²LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 41.

³³³Lezten Quellpunkt aller Tätigkeit, Lebens und Bewußtsein. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 7, p. 83.

³³⁴Die Äußerung des Willens als *subjektiven* oder *moralischen* ist *Handlung*. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 113, p. 218.

Hegel entiende por finalidad la especial resolución que se da a sí misma la voluntad, en otros términos, la finalidad subjetiva. En tanto finalidad subjetiva es sólo una idea (*Vorstellung*), es decir, una representación del sujeto, un pensamiento (*ein Gedachtes*). Pero esa idea no es la representación de un objeto en tanto existente, sino como objeto que es causado a través de la actividad de un sujeto por medio del cual el objeto imaginado es realizado. El objeto realizado es la finalidad ejecutada³³⁵. La finalidad es la unidad (*Einheit*), en la cual la voluntad subjetiva se extiende sobre su objeto³³⁶. En términos de Hegel:

“El *sujeto* es la *actividad* de la satisfacción de los impulsos, de la racionalidad formal, o sea, de la transposición del contenido (que es así fin) desde la subjetividad a la objetividad, en la que el sujeto de se concluye consigo mismo”³³⁷

La finalidad en tanto mera finalidad es una mera representación, la misma contiene un defecto (*Mangel*)³³⁸, la voluntad es la actividad para negar ese defecto. Como sostiene Hegel:

“...la voluntad (...) en cuanto individualidad restituida en sí en la determinación es el proceso de *transponer en la objetividad el fin subjetivo* con la intervención de la actividad y de un medio”³³⁹.

La finalidad, en la medida que en primer lugar sólo es nuestra, es para nosotros un defecto; libertad y voluntad son pues unidad de sujeto y objeto. Por consiguiente, la finalidad se puede fijar objetivamente y no consigue una nueva determinación unilateral, sino sólo su realización³⁴⁰.

El concepto de finalidad, como el propio Hegel lo define, es un concepto dialéctico y de la razón³⁴¹; en él lo contradictorio – la mera idea y el ser – se puede ensamblar en la unidad. La

³³⁵LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 42.

³³⁶BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 41.

³³⁷Das *Subjekt* ist die *Tätigkeit* der Befriedigung der Triebe, der formellen Vernünftigkeit, nämlich der Übersetzung aus der Subjektivität des Inhalts, der insofern Zweck ist, in die Objektivität, in welcher es sich mit sich selbst zusammenschließt §475 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Dritter Teil. Die Wissenschaft der Logik mit den mündlichen Zusätzen* (1830), 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1990, pp. 297-298.

³³⁸HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 8, p. 85.

³³⁹...(*der*) Wille (...) als sich in der Bestimmtheit in sich zurückkehrende Einzelheit der Prozeß ist, den *subjektiven Zweck* durch die Vermittelung der Tätigkeit und eines Mittels in die *Objektivität zu übersetzen*. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 8, p. 84.

³⁴⁰HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 8, p. 85.

³⁴¹“El fin es el concepto-*que-está-siendo-para-sí* que ha ingresado en la existencia libre por medio de la *negación* de la objetividad inmediata...” §204. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, p. 359.

finalidad es la unidad en cual la finalidad objetiva se extiende sobre su objeto, la expresión para la superación (*Überwindung*) del objeto a través del sujeto³⁴².

Hegel desarrolla su teoría de la imputación dejando de lado a la mera causalidad natural como fundamento de ella, pasando a primer plano el concepto de finalidad. No desconoce el concepto de causalidad, puesto que como cuerpos entre los cuerpos el hombre está en una relación material del mundo que ciertamente es dominada por el principio de la causalidad, pero dicho principio no es esencial para el derecho³⁴³. El hombre, a través de su voluntad, puede dominar en cierta medida los cursos causales. La voluntad es el poder sobre el curso causal. La naturaleza sólo conoce la sucesión azarosa de la mera causalidad, la necesidad ciega; la voluntad crea la causalidad de la finalidad, el suceso sistemático, el propio hecho.

Según Hegel, la voluntad provoca un objeto en la realidad externa como su finalidad, lo hace propio. Por consiguiente, la voluntad no causa como la causa de otra, sino como propia. La causa se torna medio (*Mittel*) de la finalidad. En la finalidad encuentra en la cadena causal (*Ursachenkette*) su principio y su final. Los eslabones causales aparecen como una diversidad de momentos, cuya unidad general (síntesis) es la finalidad. La voluntad irrumpe en el curso causal (*Kausalverlauf*), le otorga dirección y lo somete. De esta manera, ella domina el suceso natural y lo convierte en hecho propio. En la finalidad es “negada” la causalidad en el sentido exacto.³⁴⁴

La causa y la consecuencia, que en la naturaleza permanecen independientes una contra la otra, como objetos indiferentes uno al lado del otro, son unidas en la finalidad. Luego, la finalidad es esa unidad de sujetos y objetos, de la idea (*Vorstellung*) en tanto causa, y del objeto (*Gegenstand*) que se torna efecto³⁴⁵, en según Hegel la “simple identidad de la voluntad consigo misma en esta síntesis”.³⁴⁶

La voluntad no es entendida por Hegel como una causa individual, es decir, como eslabón entre otros de la cadena causal. La voluntad es más que una mera causa individual: ella es el

³⁴²LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 43.

³⁴³HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 56; LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 52.

³⁴⁴BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 45; LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 43.

³⁴⁵LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 44.

³⁴⁶die einfache Identität des Willens mit sich in dieser Entgegensetzung, HEGEL, G.W.F.: GPhR, §109, p. 215.

poder que agrupa las causas individuales. La voluntad se confirma en la finalidad como la unidad original, que une una multiplicidad de causas y efectos en una totalidad³⁴⁷.

4.2. La libertad de la voluntad.

El otro concepto hegeliano, estrictamente vinculado al concepto de voluntad, que es necesario desarrollar para comprender el concepto de acción final en Hegel es el de “la libertad de la voluntad” (*die Freiheit des Willens*).

La libertad es para Hegel la determinación fundamental de la voluntad³⁴⁸. Ella no es “cualidad” de la voluntad, sino la voluntad misma, la personalidad, el espíritu³⁴⁹. Como sugiere Larenz, el espíritu es lo incondicional, lo inicial, lo determinado. De esta manera se muestra que “la voluntad” en Hegel no es ninguna capacidad aislada, sino la personalidad misma, en tanto razón y espíritu. La voluntad libre es la voluntad racional³⁵⁰.

Conforme a Hegel, “la voluntad libre sólo *en sí* es la voluntad *inmediata* o *natural*”³⁵¹. Dicha voluntad encuentra su contenido en los instintos, ansias e inclinaciones y, en este sentido, no se determina a través de sí misma, sino en la naturaleza. La voluntad como tal es finita, no libre y accidental. Cada decisión de la voluntad es un acto espontáneo del yo, que interviene de manera determinada en el juego de los impulsos, no se deja apremiar por ellos, sino que se decide por sí misma sobre ellos, ella ordena y domina³⁵². Hegel habla de esta voluntad formalmente libre en, al menos, dos párrafos de su *Filosofía del Derecho*, en el § 13 sostiene:

“la voluntad inmediata es formal (...) le pertenece sólo la decisión abstracta como tal, y el contenido no es, todavía, el contenido y la obra de su libertad³⁵³”.

Por su parte en el § 15 afirma:

³⁴⁷LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 44-45.

³⁴⁸Die Freiheit ist (...) die Grundbestimmung des Willens. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz §4, p. 74.

³⁴⁹HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz §4, p. 75.

³⁵⁰LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 45-46.

³⁵¹Der nur erst *an sich* freie Wille ist der *unmittelbare* oder *natürliche* Wille. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz §11, p. 88.

³⁵²LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 46.

³⁵³Der unmittelbare Wille (...) es kommt ihm nur das abstrakte Beschließen als solches zu, und der Inhalt ist noch nicht der Inhalt und das Werk seiner Freiheit. HEGEL, G.W.F.: GPhR, §13, p. 89.

“La libertad de la voluntad, según esta determinación, es *arbitrio*, en el cual están contenidas estas dos cosas: la reflexión libre, que abastece todo, y la dependencia del contenido y de la materia, considerados interna o externamente”³⁵⁴.

Este tipo de libertad es solamente formalmente libre, dado que si bien el arbitrio elige entre los diversos impulsos, los mismos le son dados, está sujeta a determinaciones externas. La voluntad es en esta medida la contradicción entre su forma y su contenido. Hegel sostiene al respecto que “el arbitrio, en vez de ser la voluntad en su verdad, es, más bien, la voluntad como contradicción”³⁵⁵.

Es en este punto donde Hegel desarrolla la oposición entre determinismo e indeterminismo. En cuanto al primero sostiene que “el determinismo ha opuesto a la certeza de aquella indeterminación abstracta el contenido, que como ‘algo dado’ no está comprendido en aquella certeza, sino que le viene desde el exterior, bien sea este exterior el estímulo, la representación o, en general, la conciencia plena –en cualquier forma– de modo que el contenido no es la peculiaridad de la actividad autodeterminante como tal. En consecuencia, siendo inmanente en el arbitrio sólo el elemento formal de la libre autodeterminación, pero siendo el otro elemento algo determinado, el arbitrio, si debe ser libertad, ciertamente puede ser llamado ilusión”³⁵⁶.

El indeterminismo, por el contrario, pone el acento en la libertad formal, en la determinación del contenido de la libertad a través de la propia libertad. Según Hegel, yace en el tratamiento del arbitrio, que el hombre puede querer esto o aquello, entonces esto es, naturalmente, su libertad; pero se mantiene la opinión de que el contenido le es dado, entonces el hombre de esta manera es determinado y por esta parte no es más libre³⁵⁷.

Determinismo e indeterminismo no permanecen totalmente distanciados el uno del otro. Si bien el determinismo hace alusión a la voluntad sometida a la causalidad natural, es decir a la

³⁵⁴Die Freiheit des Willens ist nach dieser Bestimmung *Willkür* – in welcher dies beides enthalten ist, die freie von allem abstrahierende Reflexion und die Abhängigkeit von dem innerlich oder äußerlich gegebenen Inhalte und Stoffe. HEGEL, G.W.F.: GPhR, §15, p. 91.

³⁵⁵Die Willkür ist, statt der Wille in seiner Wahrheit zu sein, vielmehr der Wille als der Widerspruch. HEGEL, G.W.F.: GPhR, §15, p. 91.

³⁵⁶Der *Determinismus* hat mir Recht der Gewißheit jener abstrakten Selbstbestimmung den *Inhalt* entgegenhalten, der als ein *vorgefundener* nicht in jener Gewißheit enthalten und daher *ihr von außen* kommt, obgleich dies Außen der Trieb, Vorstellung, überhaupt das, auf welche Weise es sei, so erfüllte Bewußtsein ist, daß der Inhalt nicht das Eigene der selbst bestimmenden Tätigkeit als solcher ist. Indem hiermit nur das Formelle Element der freien Selbstbestimmung in der Willkür immanent, das andere Element aber ein ihr gegebenes ist, so kann die Willkür allerdings, wenn sie die Freiheit sein soll, eine Täuschung genannt werden. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 15, pp. 91-92.

³⁵⁷HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 15, pp. 92-93.

necesidad externa y con ello al azar, la contingencia. El indeterminismo fundándose en la “libertad del vacío” (*die Freiheit der Leere*), la mera falta de causalidad (*Ursachlosigkeit*), hace también a la contingencia principio fundante de la voluntad. Éste es el punto de contacto entre ambos, puesto que en el fondo significan lo mismo: “la contingencia de la voluntad” (*die Zufälligkeit des Willens*).

La voluntad como arbitrio (*Willkür*) es la voluntad en tanto contradicción todavía irresuelta, o sea “la contingencia en cuanto voluntad”³⁵⁸. De esta manera, la decisión en cuanto arbitrio es sólo formalmente libre, puesto que el contenido de la misma está determinado. La elección yace por tanto en la indeterminabilidad del yo y en la determinabilidad de un contenido. Así, en el arbitrio el contenido de la decisión “no es determinado a través de la naturaleza de mi voluntad, de ser lo mío, sino a través de la contingencia; soy así, dependiente de ese contenido, y ésta es la contradicción, la contradicción yace en el arbitrio”³⁵⁹.

La superación de esta contradicción es la voluntad verdaderamente libre, es decir, aquella que se determina por sí misma. Como la posibilidad del entendimiento que se fundamenta por sí misma en la razón (*Vernunft*) en tanto unidad originaria (*ursprüngliche Einheit*), entonces la posibilidad del arbitrio es, en la libertad de la voluntad, la unidad racional de la personalidad.

Para Hegel la voluntad libre es la voluntad, que por sí misma como razón quiere lo verdadero como lo bueno. En Hegel la voluntad verdaderamente libre es por sí misma razón determinante³⁶⁰. Para él “La verdadera libertad en tanto eticidad es esto, que la voluntad no tenga como fin suyo contenido subjetivo, es decir egoísta, sino un contenido universal, pero un contenido tal se da sólo se en el pensamiento y por el pensamiento”³⁶¹. Para Hegel, la voluntad libre es la voluntad ética, la voluntad autónoma, que se conoce en su subjetividad como sobre-objetiva, como momento de la totalidad absoluta, que de esta manera no quiere más el interés particular, sino el bien en sí y para sí (*das “an und für sich Gute”*), es decir, lo general como propio. La comunidad deviene el terreno para el desenvolvimiento de la libertad. Luego, en el entusiasmo de las exigencias de la comunidad, el individuo supera su egoísmo y particularidad, se cancela en ella y se comprende a sí misma como personalidad absoluta, ser racional y espíritu³⁶². De esta manera en la identificación de la voluntad con la

³⁵⁸So ist die Willkür die *Zufälligkeit*, wie sie als Wille ist. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 15, p. 91.

³⁵⁹HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 15, pp. 92.

³⁶⁰LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 48-49

³⁶¹Die wahre Freiheit is als Sittlichkeit dies, dass der Wille nicht subjektive, d. i. eigensüchtige, sondern allgemeinen Inhalt zu seinen Zwecken hat; solcher Inhalt ist aber nur im Denken un durchs Denken” HEGEL, G.W.F.: E., 3. T., § 469, pp. 288-289.

³⁶²LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 48.

generalidad el sujeto se emancipa de la dependencia de los meros impulsos naturales y de la particularidad subjetiva como sujeto moral³⁶³.

La voluntad libre es auto-creadora (*selbst-schöpferisch*), no se encuentra con una determinada realidad dada, sino que crea una nueva realidad, en términos de Hegel, “el mundo del espíritu, expresado por sí mismo, como una segunda naturaleza”³⁶⁴. A esta nueva realidad objetivada, Hegel la denomina el campo del Derecho o el reino de la libertad realizada en el cual impera la libertad verdaderamente libre³⁶⁵. En términos de este autor:

“Esta realidad en general como *existencia* de la voluntad libre es el *derecho*, el cual debe tomarse no solamente en el sentido limitado como el derecho jurídico, sino abarcando la existencia *de todas* las determinaciones de la libertad”³⁶⁶.

De esta manera, al principio y como resultado existe entonces siempre coincidencia de la personalidad moral de la particularidad (individuo) con la eticidad (S). Esta identificación es una idea fundamental de la filosofía hegeliana puesto que la posibilidad de una libre decisión de la personalidad moral del individuo justifica su responsabilidad. En este ámbito caen las cuestiones sobre la acción, la imputación y la culpabilidad³⁶⁷.

5. La teoría de la imputación.

5.1. El ilícito.

Como hemos analizado, Hegel sostiene que “la declaración de la *voluntad* subjetiva o *moral* es una acción”³⁶⁸. Esta acción, en la medida que contradice la voluntad general, no es verdaderamente libre, sino expresión de una voluntad particular, o sea arbitrio, y como tal pertenece al ámbito de la moralidad (M). El concepto de acción (*Handlung*) en Hegel es sumamente importante para comprender su concepto de imputación, puesto que toda imputación parte de una acción entendida como expresión de una voluntad particular.

³⁶³Pero el proceso, que conduce a la realización de la libre voluntad en la eticidad, es decir, en el cual el espíritu subjetivo somete voluntariamente su voluntad al espíritu objetivo HEGEL llama moralidad. BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 45.

³⁶⁴...die Welt des Geistes aus ihm selbst hervorgebracht, als eine zweite Natur. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 4, p. 74.

³⁶⁵HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 4, p. 74.

³⁶⁶Die Realität als *Dasein* des Freien Willens ist das Recht, welches nicht nur als das beschränkte juristische *Recht*, sondern als das *Dasein aller* Bestimmungen der Freiheit umfassend zu nehmen ist. HEGEL, G.W.F.: E., 3. T., §486.

³⁶⁷BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 41.

³⁶⁸Die Äußerung des Willens *subjektiven* oder *moralischen* ist *Handlung*. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 113, p. 218.

Siguiendo a Larenz, la cuestión de la imputación de la acción en Hegel, esto es, bajo qué supuestos un suceso puede ser atribuido a un sujeto como su acción, es independiente de su valor jurídico o moral. Su respuesta no requiere entonces de ningún juicio de valor, en especial ninguna consideración de las propiedades individuales significativas del autor para la calificación del hecho³⁶⁹, sino solamente un juicio sobre la relación objetiva, lo que llamamos “imputación objetiva”. Ella nos dice si un suceso (*Geschehen*) es hecho (*Tat*) de un sujeto. Sólo a esta pregunta se limita la imputación objetiva. Por el contrario, la pregunta sobre si un hecho puede ser subjetivamente imputado a la culpabilidad, no está comprendida en el tratamiento de la imputación objetiva sino en el de consciencia de la antijuridicidad³⁷⁰.

La acción subjetiva es analizada por Hegel en la moralidad desde el punto de vista de su finalidad y de su alcance. Ella presenta tanto componentes teleológicos como deontológicos. Es la ampliación progresiva de su alcance la que constituye el hilo conductor del examen sistemático de la acción. Nos preguntamos de esta manera, por una parte, en qué medida ella resulta de un simple impulso o lleva la huella de una deliberación racional, y, por otra parte, en qué medida ella produce un efecto inconsistente o determina, contrariamente, la identidad moral del sujeto³⁷¹.

Hegel distingue en la acción varios aspectos. En primer lugar, el “lado formal o abstracto” consistente en la conformidad (*Übereinstimmung*) de la voluntad con la existencia externa. Además su “carácter especial” para el autor, la satisfacción (*Befriedigung*), que él busca en ella, el propósito y el bienestar (*die Absicht und das Wohl*). Finalmente su “carácter moral general”, esto es su valor moral: cada acción debe al mismo tiempo coincidir con su dolo³⁷². La finalidad de esta separación no es otra que la de criticar aquellas doctrinas que profesan su el carácter dissociado de la acción. Hegel acusa la secuencia tradicional medio-fin señalando que el primer término tiende a ser absorbido por el segundo³⁷³. Así en su § 140 afirma que:

³⁶⁹ como por ejemplo la regla de la comprensión y sus capacidades especiales. LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51.

³⁷⁰ LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51.

³⁷¹ MARMASSE, Giles: Ob. Cit., p. 117.

³⁷² LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 50.

³⁷³ MARMASSE, Giles: Ob. Cit., p. 116.

“el medio es, precisamente, lo que no absolutamente por sí, sino que es a causa de otra cosa, y en eso, en el fin, tiene su determinación y su valor”³⁷⁴.

Hegel sostiene en el agregado del § 114 que el derecho de la voluntad es reconocer en su existencia sólo lo que existe internamente como dolo. El dolo afecta sólo la condición formal que la voluntad externa debería también estar presente dentro de mí como elemento interno. Contra ello, en el segundo momento se pregunta sobre el propósito de la acción, sobre el valor relativo de la acción en relación a mí; el tercer momento no es sólo el valor relativo de la acción, sino su valor universal, el bien (*das Gute*)³⁷⁵.

En la medida en que el sujeto se dirige contra una existencia exterior adversa, su voluntad es limitada, sólo formalmente infinita. Ella es, por consiguiente, arbitrio; en términos de Hegel “el punto de vista de la diferencia, la finitud y lo fenoménico de la voluntad”³⁷⁶. La existencia externa se debe presentar como la realización de la voluntad. La causalidad de la voluntad en Hegel significa la reducibilidad (*Zurückführbarkeit*) de un suceso externo a la voluntad seguida de manera final. A este respecto se pueden distinguir dos clases: en primer término el momento del conocimiento, o sea la previsión (*Vorausicht*) del curso causal, luego el momento de la causalidad (*Ursächlichkeit*) de la voluntad, o sea, la capacidad, fundada en el conocimiento obtenido del curso causal para dar la dirección deseada. Ambas juntas producen el concepto de artífice (*Urheber*) o, como Kant acertadamente llama, la “*causa libera*”. Artífice (*Urheber*) sólo deviene el hombre, en la medida que su finalidad se arraiga en la libertad de su voluntad. El hecho y su imputación encuentran en el alcance de la fuerza de voluntad (*Willensmacht*) su límite. Sólo aquellas consecuencias de la inmediata actuación pueden ser imputadas como acción, o sea, en la terminología actual, como hecho que el actor ha presupuesto, del cual él era consciente y de él fueron perseguidos³⁷⁷.

En este punto ingresa en el sistema hegeliano el concepto de dolo (*Vorsatz*) como criterio delimitador de aquello que puede ser imputado como acción. La causación de la existencia externa debe ser el dolo (*Vorsatz*) de la voluntad subjetiva, debe coincidir con la voluntad, que

³⁷⁴...als das Mittel eben das ist, was nichts für sich, sondern um eines Andern willen ist und darin, in dem Zwecke, seine Bestimmung und Wert hat. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 140, p. 269.

³⁷⁵HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 114, p. 221.

³⁷⁶Der Standpunkt der Differenz, *Endlichkeit* und *Erscheinung* des Willens. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 108, p. 214.

³⁷⁷BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 47.

internamente existe como dolo³⁷⁸. Según Hegel el dolo concierne sólo lo formal, que es la voluntad externa también como interior en mí³⁷⁹. Sin embargo, según Hegel, el dolo en tanto propósito de la acción no sólo incluye las consecuencias expresamente tenidas como propósito, sino también aquellas consecuencias que se prevén al actuar, incluso si el autor no las desea³⁸⁰. Inclusive considera como dolo aquellas consecuencias que el autor no puede prever si ellas pertenecen a la “naturaleza de la acción en sí misma”³⁸¹. La “naturaleza” de una cosa es, según Hegel, lo que captamos de una reflexión racional sobre ella y de las conexiones con otras cosas³⁸².

La voluntad en tanto arbitrio es finita, y puede ser que no concuerde con la existencia exterior. Si bien es verdad que el hombre es el señor (*Herr*) del curso causal, en la medida en que él es capaz de dominarlo, lo es sólo hasta cierto grado. Puede suceder que el hombre, en su intervención en el suceso, también pueda producir involuntariamente modificaciones que él quizás no pudo presuponer: en otros términos, todo dolo puede tropezar con circunstancias no conocidas del sujeto (§117). O incluso combinarse a sucesos imprevistos (§118) que, los unos como los otros, impiden la realización de la finalidad o arrastran efectos perversos.

Como sostiene Marmasse, el riesgo de fracaso de la acción no se encuentra en la ceguera de un agente que sería incapaz de discernir un medio en sí eficiente, sino en el conflicto inevitable entre dos fuentes posibles de eventos observados: el agente por una parte y las circunstancias externas por otra. La voluntad del sujeto interviene en una objetividad natural y espiritual que permanece caracterizada por una procesualidad propia y, en consecuencia, recíproca a la finalidad considerada. Porque, en la moralidad, no hay todavía negación (*Aufhebung*) del mundo por el concepto sino simplemente negación abstracta (a la inversa, por ejemplo, de lo que se observa en la *Sittlichkeit*). La competencia es inevitable entre el sujeto y lo objetivamente dado, que constituyen el uno al otro el origen de todo posible efecto³⁸³. Por tanto, aquello que se considera contingente o accidental no puede ser imputado

³⁷⁸BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 43.

³⁷⁹HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 114, p. 221.

³⁸⁰WOOD, Allen W.: *Hegel Ethical's Thought*, New York, edit. Cambridge University Press, 1990, p. 140.

³⁸¹HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 118, pp. 225-226.

³⁸²Siendo así que con la reflexión aparece la verdadera naturaleza de la cosa, y siendo así igualmente que este pensar es mi propia actividad, resulta que aquella naturaleza (verdadera) es tanto producto de mi espíritu (y precisamente en cuanto naturaleza verdadera de éste es sujeto que piensa, o sea, es producto mío con arreglo a mi universalidad simple) cuanto del yo que es siendo cabe sí, o sea, de mi libertad. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, § 23, p. 80.

³⁸³MARMASSE, Giles: Ob. Cit., pp. 120-121.

a la acción. Según Hegel “yo solo soy aquello que está en referencia a mi libertad”³⁸⁴, o sea, aquello que es que sabido y, por consiguiente, es abarcada la voluntad (dolo). Lo accidental es, en la acción, todo aquello que era ajeno a la voluntad y por tanto no era sabido. Al respecto Hegel afirma:

“La voluntad en ejercicio por su propia virtud, incluye en su fin, enderezado al existir actual, la *representación de las circunstancias* del mismo. Pero, ya que la voluntad, a causa de esa previa suposición, es *finita*, la apariencia objetiva es *accidental* para ella y puede contener en sí algo distinto de lo que está en su representación. Pero el derecho de la voluntad es sólo reconocer su propio *acto*, como *acción* propia y sólo ser *culpable* de lo que ella conoce que de sus presuposiciones hay en su fin; de aquello que de ellas estaba implícito en su *propósito*. El acto puede ser *imputado* sólo como culpa de la voluntad, como el *derecho del saber*”³⁸⁵.

Aquí se produce el deslinde entre las consecuencias propias y accidentales del hecho, punto central para fijar el límite de la imputación. Esta nueva dialéctica se fundamenta en la contradicción de la naturaleza, que es lo externamente necesario, lo accidental. La relación causal alcanza “la mala infinitud” (*die schlechte Unendlichkeit*)³⁸⁶; lo que sólo es causado, lo es, en este sentido, sólo como una consecuencia accidental del hecho. Por otro lado, el hecho no puede negar, sin embargo, “las consecuencias como formas peculiares inmanentes de la acción, manifiestan sólo la naturaleza y no son otra cosa que la acción misma”³⁸⁷.

Imputable, por lo tanto, es aquello que es sólo “lo suyo” (*das Seigine*) de la voluntad, es decir lo que es tenido en cuenta en la previsión de la voluntad. La finalidad es el alma de la acción

³⁸⁴Ich bin aber nur, was in Beziehung auf meine Freiheit ist HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 115, p. 223.

³⁸⁵Der selbst handelnde Wille hat in seinem aus dem vorliegenden Dasein gerichteten Zwecke die Vorstellung der Umstände desselben. Aber weil er, um dieser Voraussetzung willen, *endlich* ist, ist die gegenständliche Erscheinung für ihn *zufällig* und kann in sich etwas Anderes enthalten als seiner Vorstellung, das Recht des Willens aber ist, in seiner Tat nur dies als seine Handlung anzuerkennen und nur an dem *Schuld* zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiß, was davon in seinem Vorsatze lag. – Die Tat kann nur als *Schuld des Willens zugerechnet* werden; – *das Recht des Wissens*. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 115, p. 223.

³⁸⁶“Algo deviene un otro, pero lo otro también un algo y deviene por consiguiente otro y así sucesivamente hasta el *infinito*”. HEGEL, G.W.F.: E., § 93, p. 198.

“Esta *infinitud* es mala infinitud o infinitud *negativa*, por cuanto no es más que la negación de lo finito que no obstante vuelve siempre a resurgir por no haber sido también (efectivamente) superado; o (lo que es lo mismo) esta infinitud expresa solamente el *deber-ser* de la superación de lo infinito. La progresión hacia lo infinito está (de suyo) parada en la (mera) enunciación de la contradicción contenida en lo finito, a saber, que lo finito es *algo* como su *otro* y (aquella progresión) es la prosecución perennizadora del intercambio de esas determinaciones que conducen (sin fin) de la una a la otra”. HEGEL, G.W.F.: E., 1. T., § 94, pp. 198-199.

³⁸⁷HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 118, p. 224.

(*die Seele der Handlung*). Decisiva no es por tanto la mera causalidad sino la dirección final de la acción³⁸⁸. Hegel al respecto afirma:

“...la acción, en tanto asentada en la existencia externa que se desenvuelve para todos sus aspectos de acuerdo a su conexión con la necesidad exterior, tiene múltiples *consecuencias*. Las consecuencias, como la *imagen* que tiene por ánimo el *fin* de la acción, constituyen el “*suum*” (lo inherente a la acción); pero, al mismo tiempo, la acción como fin ubicado en la *exterioridad*, es entregada a merced de las fuerzas externas, que vinculan a ella algo completamente distinto de lo que ella es por sí y la arrastran a consecuencias lejanas, extrañas. Es, justamente, un derecho de la voluntad el *imputar* a sí solamente al primera cosa, porque ella sólo está en su *dolo*”³⁸⁹.

Es el derecho de la voluntad, que sólo puede imputar estas consecuencias, porque solo ellas son queridas. A esta finalidad que representa la esencia del determinado hecho, que otorga a la acción el contenido general, la denomina Hegel “propósito” (*Absicht*):

“... pero la verdad de lo singular es lo universal y la determinación de la acción es por sí, no un contenido aislado de la individualidad externa, sino un contenido universal, que envuelve en sí múltiple conexión. El propósito, en cuanto procede de un ser pensante, no encierra meramente la individualidad, sino esencialmente el aspecto universal, esto es, la intención”³⁹⁰.

De ello se sigue que el sistema hegeliano sólo prevé la imputación dolosa de la acción. A los efectos del dolo, es suficiente que el autor conozca la naturaleza general del hecho. Es decir, para que un efecto le sea imputable, se requiere que el agente conozca el hecho por su significación objetiva y sus implicaciones. Con la acción como totalidad se le puede imputar las consecuencias particulares, necesarias. Respecto a la posibilidad de fundamentar una imputación de acciones imprudentes, será tratado en un apartado especial.

³⁸⁸HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 56.

³⁸⁹Die Handlung ... als äußerliches Dasein versetzt, das sich nach diesem Zusammenhange in äußerer Notwendigkeit nach allen Seiten entwickelt, hat mannigfaltige *Folgen*. Die Folgen, als die *Gestalt*, die den *Zweck* der Handlung zur *Seele* hat, sind das Ihrige (das der Handlung Angehörige) – zugleich aber ist sie, als der in die *Äußerlichkeit* gesetzte Zweck, den äußerlichen Mächten preisgegeben, welche ganz Anderes daran knüpfen, als si für sich ist, und sie in entfernte, fremde Folgen fortwälzen. Es ist ebenso das Recht des Willens, sich nuer das Erstere *zuzurechnen*, weil nur sie in seinem *Vorsatze* liegen. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz § 118, p. 224.

³⁹⁰Aber die Wahrheit des *Einzelnen* ist der *Allgemeine* und die Bestimmtheit der Handlung ist für sich nicht ein zu einer äußerlichen Einzelheit isoerter, sondern den mannigfaltigen Zusammenhang in sich enthaltender *allgemeiner* Inhalt. Der Vorstatz, als von einen *Denkenden* ausgehend, enthält nicht bloß die Einzelheit, sondern wesentlich jene *allgemeine* Seite – die *Absicht*. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 119, p. 226.

5.2. La imputación al hecho: la imputación como hecho antijurídico.

La acción para Hegel es la realización total de la voluntad. La misma comprende tanto el actuar inmediato del sujeto como también las consecuencias, como suceso independiente. En la medida en que las consecuencias se encuentren con la acción en una relación teleológica, como suceso dominado por la voluntad, en la medida el autor es servil a una finalidad, forman parte de la acción. Pero sólo la acción está sujeta a un juicio jurídico. Por consiguiente, sólo ella puede ser objetivamente antijurídica. Antijurídica es entonces la acción, que alcanza a las consecuencias en la medida en que ambas estén unidas mediante una relación teleológica.

La imputación objetiva en Hegel comprende la atribución de un suceso (*Geschehen*) a un sujeto como su hecho (*Tat*), es decir, como su acción (*Handlung*). Este juicio no comprende ningún tipo de valoración, no tiene en cuenta las capacidades personales del autor, aunque resulta necesario destacar que la valoración jurídica del hecho, es decir su valoración como ilícito (*Unrecht*), ya está aquí presupuesta, o mejor dicho, la antijuridicidad objetiva presupone una imputación objetiva. Por tanto, la imputación objetiva abarca la atribución de un suceso como acción antijurídica, es decir, la imputación objetiva es el juicio mediante el cual un suceso es considerado como acción antijurídica de un sujeto. Lo que queda fuera de tratamiento en este nivel de análisis es la problemática del conocimiento del ilícito (*Unrechtsbewußtsein*), que es analizada en la imputación subjetiva.

5.2.1. Imputación objetiva y omisión.

Del concepto de acción final utilizado por Hegel se puede deducir que el mismo abarca también al actuar omisivo, entendiéndolo no como una relación real entre un acontecimiento y un sujeto, sino como una relación imaginada³⁹¹. En este contexto, omisión es la no ejecución (*die Nichtvornahme*) de una acción presupuesta, exigida como posible. En la medida en que el sujeto sólo puede querer algo determinado, de esa manera también sólo se puede omitir una determinada acción, en términos de Bubnoff, en el concepto hegeliano de omisión yace por tanto una relación de la voluntad con una posible acción presupuesta. Puesto que la posibilidad de una acción omisiva se funda en la libertad, una posibilidad de la voluntad es, por tanto, la omisión imputable³⁹².

³⁹¹LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 85.

³⁹²BUBNOFF, Ekhart: *Ob. Cit.*, pp. 46-47.

De esta manera el concepto de la libertad le permite a Hegel unificar tanto el actuar comisivo como el omisivo, dado que en su modelo de comprensión la relación causal es relegada a un segundo plano, siendo la causalidad de la voluntad (*Willenskausalität*), o sea, el poder de la voluntad (*der Macht des Willens*) de dominar adecuadamente el curso causal, el criterio decisivo tanto para la imputación del actuar comisivo como de las omisiones.

5.2.2. ¿Es posible fundamentar una teoría hegeliana del delito imprudente?

Hegel a lo largo de su obra sólo se abocó de manera expresa a la imputación del hecho doloso, dejando fuera de tratamiento las acciones imprudentes³⁹³. Una cuestión discutida por la doctrina es la de la posibilidad de fundamentar, a partir de las afirmaciones de Hegel, la responsabilidad por la conducta imprudente. Entre aquellos que se muestran favorables a un posible esbozo del delito imprudente se encuentran Hardwig³⁹⁴ y Larenz.

Este último autor reconoce que si bien Hegel sólo trató la imputación del hecho doloso, dejó fuera de contemplación a la acción imprudente. Sin embargo, a través de la interpretación de sus fundamentos de la filosofía del derecho, considera que es posible fundamentar una imputación de las consecuencias del hecho imprudente.

Larenz reconoce que tales casos no son indudablemente ningún actuar doloso, pero ellos pueden y deben ser imputados, sin embargo, como acciones imprudentes o, al menos, objetivamente como hecho. Hegel ha comparado mutuamente con gran persistencia lo propio (*das Eigene*) y lo accidental (*das Zufällige*) y reconocido que “sólo me puede ser imputado como propio, lo que está en relación con mi libertad”. Al respecto Hegel afirma:

“pero yo solo soy, lo que está en relación a mi voluntad, y el hecho es solo culpabilidad de mi voluntad, siempre que, por lo tanto lo conozca”³⁹⁵.

Según Larenz, en estas frases Hegel comete el error de ignorar que la voluntad es propio hecho de la libertad, que a mí, por tanto, también en este sentido me puede ser imputado lo no

³⁹³LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 52, 55.

³⁹⁴Se pronuncia en igual sentido que LARENZ. En HARDWIG, Werner: *Ob. Cit.*, pp. 55-56.

³⁹⁵Ich bin aber nur, was in Beziehung auf mein Freiheit ist, und die Tat is nur Schuld meines Willens, insofern ich darum weiß. HEGEL, G.W.F.: *GPhR, Zusatz § 117*, p. 223.

conocido (*das Nicht-Gewußte*), si lo no conocido no era para mí accidental, sino obra de mi libertad: según el conocimiento de las circunstancias era para mí un conocimiento posible. Donde esta posibilidad de conocimiento y no ya, donde el propio conocimiento termina, termina también la imputación del hecho y comienza el ámbito de los meros sucesos causales³⁹⁶.

Bubnoff, por su parte, a través de la interpretación del concepto de acción final de Hegel llega a la conclusión de que la teoría hegeliana de la imputación sólo hace alusión a la conducta dolosa, no pudiendo ser extendida al actuar imprudente. Conforme a la interpretación de este autor, la voluntad, según Hegel, irrumpe en el curso causal, le otorga dirección y lo somete. De esta manera, ella domina el suceso natural y lo convierte en el propio hecho. Sólo tales consecuencias del hecho dominadas a través de la finalidad de la acción pueden ser imputadas y por lo tanto, forman con la acción una totalidad. Por lo demás, como Hegel subraya, el autor debe haber presupuesto las consecuencias no individualmente. Es suficiente que él conozca la naturaleza general del hecho. Con la acción como totalidad se le pueden imputar las consecuencias particulares, necesarias. Este autor considera que, conforme a este razonamiento, han tratado de fundamentar la imputación de los hechos imprudentes, mientras Hegel por sí mismo sólo se basó en la imputación del delito doloso y sus consecuencias³⁹⁷.

Desde nuestra interpretación de la *Filosofía del Derecho*, Hegel ha marcado con su concepto de dolo aquello que puede ser atribuido al sujeto como acción. Por lo tanto, sería una interpretación demasiado forzada intentar extender los presupuestos de la imputación al ámbito del actuar imprudente.

5.2.3. El ilícito como negación del derecho.

El sujeto, a través de su acción, contrapone a la voluntad general en sí existente su voluntad particular arbitraria, produciendo la lesión del derecho. El ilícito es una negación arbitraria del derecho. Es una negación arbitraria porque él constituye la existencia de una voluntad particular y, en esa forma de derecho, está contrapuesta a la voluntad general racional. El sujeto en su individualidad niega la eticidad (S), es decir, su naturaleza objetivamente determinada. El ilícito, en tanto existencia objetiva externa, es irreal. El delito es expresión de

³⁹⁶LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 52-53.

³⁹⁷BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 45.

la voluntad subjetiva, de una voluntad particular. El ilícito supone la voluntad particular del delincuente frente a la voluntad general, pretendiendo que la voluntad particular tenga vigencia en su particularidad; es la lesión del Derecho como Derecho, esto es, en la voluntad particular del delincuente, que afirma el injusto³⁹⁸.

“la vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una *existencia positiva*, exterior, que es *en sí* nula. La manifestación es la anulación de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración”³⁹⁹

Pero el delito no es capaz de derogar el derecho como derecho, esto es, en su naturaleza absolutamente inderogable. En Hegel, la nulidad (*Nichtigkeit*) del derecho se manifiesta en su destrucción exterminabilidad (*Vernichtbarkeit*). Entonces, el derecho como negación de esa negación (ilícito) encuentra su realidad ya en el aniquilamiento del ilícito nulo⁴⁰⁰. Pero el criminal no sólo lesiona a través del hecho al derecho, sino que al mismo tiempo se lesiona a sí mismo como ser racional. Su hecho es la negación del espíritu. Lo único racional en el hecho del autor es que el autor en principio es un ser racional⁴⁰¹. El sujeto, en tanto criminal, es sólo formalmente sujeto racional, sólo formalmente persona, puesto que en tanto negación de la voluntad general, que por sí sola representa el libre albedrío, el delito representa una auto-cancelación de la libertad y con ello lo absolutamente irracional, lo cual es sustancial dado que la voluntad verdaderamente libre *per se* no puede hacer de contenido.

5.3. La imputación subjetiva.

Como hemos visto con anterioridad, la imputación objetiva en Hegel no requiere ningún juicio de valor, sino que ella sólo constituye un juicio sobre la relación objetiva, es decir, sólo nos dice si un suceso (*Geschehen*) es hecho (*Tat*) de un sujeto. Hegel distingue la imputación

³⁹⁸LESCH, Heiko H.: *La función de la pena*, traducción de Javier Sánchez-Vera- Gómez-Trelles, Madrid, Dykinson, 1999, p. 13; *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1. Auslage, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, pp.81-82.

³⁹⁹Die geschene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine *positive*, äußerliche *Existenz*, die aber *in sich* nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in di Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung – die Wirklichkeit des Rechts als seine sich mit sich durch *Aufhebung* seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 97, p. 194.

⁴⁰⁰BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 42

⁴⁰¹SEELMANN, Kurt: „Anerkennung, Person, Norm“, en „Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007“, herausgegeben von Michael Pawik und Rainer Zaczky in Verbindung mit Manuel Cancio Meliá, Eduardo Montealegre, Heiko Lesch, Bernd Müssig, Jorge Perdomo-Torres und Marcelo Sancinetti, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 636.

de una acción según el conocimiento del autor de su valor (*Wert*) o desvalor (*Unwert*), “como fin que llega a la objetividad externa”⁴⁰².

En el tratamiento de la imputación objetiva, el valor o desvalor de la acción queda fuera de tratamiento: la valoración jurídica ya es aquí presupuesta. Por tanto, hay que distinguir entre la valoración de la acción en tanto acción antijurídica y la cuestión de la imputación de la acción valorada como ilícita (antijurídica) en vistas al conocimiento existente de su desvalor por el autor. En el ámbito de esta segunda problemática trata Hegel la cuestión del conocimiento del ilícito (*Unrechtsbewußtsein*), o con otras palabras, la cuestión de la culpabilidad⁴⁰³.

La reflexión sobre este momento subjetivo de la imputación conduce a la consideración de la singularidad del sujeto, en términos de Hegel, el “poder y la fuerza de la autoconsciencia”⁴⁰⁴, la imputabilidad subjetiva (*die subjektive Zurechnungsfähigkeit*)⁴⁰⁵.

La noción de culpabilidad, estrictamente hablando, no tiene entonces un carácter pecaminoso de la voluntad sino su carácter deliberado. Para Hegel, la culpabilidad, no está originariamente ligada a la falta, sino más bien al hacerse cargo de un acto por su sujeto. La responsabilidad supone así la identidad de un individuo y su acción⁴⁰⁶.

La responsabilidad (*Verantwortung*) significa en Hegel deber hacerse responsable por el propio hecho, ella tiene a la imputación como presupuesto. Imputación y culpabilidad no coinciden. En la fundamentación de la culpabilidad es, junto al juicio de imputación, un juicio normativo sobre el valor externo del hecho en cuanto necesario reproche subjetivo de culpabilidad. La culpabilidad presupone únicamente imputación subjetiva, que hace referencia a la interna determinación de la voluntad del sujeto. El juicio normativo, o sea, el juicio sobre la antijuridicidad objetiva, requiere, por el contrario, una imputación objetiva⁴⁰⁷.

Si bien ambos juicios son diversos, ambos se encuentran en una estrecha relación. La imputación objetiva del hecho encuentra entonces su complemento a través de la imputación subjetiva, que toma como punto de partida las capacidades, la comprensión y el propósito

⁴⁰²Als der in die äußerliche Objektivität tretende Zweck. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 132, p. 246.

⁴⁰³BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 47-48.

⁴⁰⁴der Macht und Stärke des Selbstbewußtseins. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 120, p. 231.

⁴⁰⁵LARENZ, Karl: Hegels Zurechnungslehre, p. 58.

⁴⁰⁶MARMASSE, Giles: Ob. Cit., p. 127.

⁴⁰⁷BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 48.

individual del autor⁴⁰⁸. Pero al mismo tiempo, la imputación subjetiva encuentra del mismo modo su limitación en el sentido objetivo del hecho, en términos de Hegel, “un propósito moral (...) no puede justificar una *acción ilícita*”⁴⁰⁹. De este modo, la contradicción entre objetividad y subjetividad es superada a través de la trascendencia de ambos momentos en una unidad. Tanto la relación teleológica objetiva del hecho, es decir, la imputación objetiva, como la finalidad subjetiva del autor, se convierten en objeto de valoración jurídica y moral.

5.3.1. Capacidad de acción e imputabilidad.

Dentro de la problemática de la consciencia del ilícito es válido preguntarse si, conforme al esquema de análisis de Hegel, a un inimputable (*Unzurechnungsfähigen*) puede serle objetivamente imputada una acción ilícita. Respecto de esta cuestión caben dos posibilidades.

La primera de ellas, dentro de la cual estaría el propio Larenz, es considerar que la imputación objetiva y la antijuridicidad objetiva representan un juicio sobre el hecho así como sobre el lado objetivo de la voluntad, entonces la imputación objetiva sólo presupone que el suceso está relacionado a un sujeto en tanto persona, pero no, que ese hecho corresponda a la verdadera voluntad del autor, que a éste también, según su comprensión individual y su propósito, puede serle subjetivamente imputado⁴¹⁰. Conforme a esta interpretación, la personalidad del inimputable, sería negada en términos de Hegel, pero no destruida. Como persona es, no obstante, titular de derechos y deberes y su conducta puede ser imputada objetivamente, pero no subjetivamente.

La segunda postura, por el contrario, se pronuncia identificando capacidad de acción (*Handlungsfähigkeit*) e imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*); para ello toma como base el parágrafo 120 conforme al cual la acción presupone imputabilidad⁴¹¹. La voluntad, sin embargo, sólo alcanza la capacidad de manipularse como libre, cuando el hombre comprende conscientemente la voluntad como separada de los impulsos (*triebgeleitet*). El hecho del

⁴⁰⁸LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 58.

⁴⁰⁹...ein moralische Absicht (...) kann nicht eine *unrechliche Handlung* rechtfertigen. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 126, p. 240.

⁴¹⁰LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 92.

⁴¹¹“Pero como las acciones según su existencia externa, encierran en sí la accidentalidad de efectos, así también la existencia subjetiva contiene la indeterminación, la cual se refiere al poder y a la fuerza de la autoconciencia y del juicio –indeterminación que, sin embargo, puede considerarse sólo respecto a la imbecilidad, a la locura y demás cosas semejantes, así como a la edad infantil –; porque sólo tales situaciones decididas anulan el carácter del pensamiento y de la libertad volitiva y permiten no considerar el agente de acuerdo al honor de ser pensamiento y voluntad”. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 120, p. 231.

inimputable no puede, por tanto, ser contemplado como acción en sentido jurídico. La inimputabilidad excluye la capacidad jurídico-penal de acción. La capacidad de culpabilidad y la capacidad de acción son en este sentido idénticas⁴¹².

En el sistema hegeliano, la distinción entre objetividad y subjetividad no es tajante, sino que ambas se sintetizan en una unidad. Esto conlleva a que, en última instancia, la imputación al hecho se apoye sobre la culpabilidad: acción es siempre acción culpable. En caso de que ésta falte, ya no cabría la imputación como hecho. Así, el suceso originado por el sujeto sería una mera contingencia, expresión de una persona sólo en términos formales. Siguiendo a Marmasse concluimos que la sección de la moralidad de Hegel tiene por corolario que no se puede reprochar al niño, al imbecil o al loco, como tampoco al animal, de cometer acciones de consecuencias desastrosas. Inversamente, tratar a alguien como culpable, es de cierta manera honrarlo de reconocerle la posesión de razón⁴¹³.

5.4. ¿Es posible fundar en Hegel diversos niveles de imputación?

Como hemos tratado anteriormente, Kant distingue dos niveles diversos de imputación: la “*imputatio facti*” y la “*imputatio iuris*”, o sea la imputación de un suceso como hecho y la imputación a la culpabilidad. Al analizar el sistema hegeliano, por su parte, llegamos a la conclusión de que existe una interdependencia entre “imputación objetiva” e “imputación subjetiva”. Dado que la imputación presupone capacidad de imputación, en caso de faltar la culpabilidad ya no es posible considerar el hecho como acción. Lo que resta indagarnos es si esa división kantiana se mantiene en la teoría de la imputación hegeliana.

A dicha pregunta debemos contestar negativamente. En el sistema hegeliano, la imputación objetiva y la imputación a la culpabilidad no son estrictamente divididas la una de la otra, sino comprendidas mutuamente, o en otros términos, sus elementos son mezclados en un solo juicio. Siguiendo a Bubnoff, el concepto hegeliano de ilícito, en cierto sentido y hasta determinado grado, simpatiza con los fundamentos inmanentes de la culpabilidad⁴¹⁴. Como bien sostiene Sánchez-Ostiz, las distinciones entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se

⁴¹²BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 49.

⁴¹³MARMASSE, Giles: Ob. Cit., p. 123.

⁴¹⁴BUBNOFF, Ekhart: Ob. Cit., p. 50.

disuelven en una suerte de *applicatio legis ad factum* –o mejor, de *applicatio* de lo general a lo particular por el sujeto imputante. La imputación se dirige a constatar la subsunción, o no, de la voluntad, de lo particular en lo general, lo racional. Esta medición desplaza la dualidad de los juicios de imputación⁴¹⁵.

6. La pena como reafirmación del derecho.

La teoría hegeliana de la pena es caracterizada a través de una relación recíproca, de índole funcional, entre delito y pena⁴¹⁶. Como hemos visto en los apartados anteriores, “ser imputable para Hegel” es ser persona racional. La personalidad va unida al ejercicio actual de la racionalidad. Quien reclama para sí un ámbito de libertad (un círculo de organización), asume con ello la responsabilidad por las consecuencias que traiga consigo ese ámbito que se administra de manera propia, puesto que libertad sin responsabilidad no es realmente verdadera libertad personal, sino mero arbitrio subjetivo⁴¹⁷.

Dado que el ilícito representa la voluntad particular del sujeto delincuente, pretendiendo que la voluntad particular tenga vigencia en su particularidad, el modo de superar esta particularidad se da por medio de la pena. Ésta no es una mera reacción, aprehensible empíricamente como un mal que viene a negar el mal ocasionado por el delito. El delito debe ser superado dialécticamente, por ello la pena como “negación de la negación” del derecho⁴¹⁸ reintegra el carácter racional al autor confirmando, al mismo tiempo, la norma. En palabras de Hegel:

“La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una *existencia positiva*, exterior, que *es en sí nula*. La *manifestación* de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de la vulneración”⁴¹⁹.

⁴¹⁵SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Imputación y teoría del delito*, p. 286.

⁴¹⁶LESCH, Heiko H.: *Der Verbrechensbegriff*, pp. 79-80.

⁴¹⁷LESCH, Heiko H.: *La función de la pena*, p. 16.

⁴¹⁸“La vulneración con la cual es afectada la voluntad que es en sí (es decir, respecto a la voluntad de aquel que viola, así como a la del vulnerado y de los demás), no tiene existencia positiva en esa voluntad, que como tal es en sí, como tampoco en el simple producto. Por sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, a este respecto, inviolable. La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es sólo algo negativo. *La existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente*. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho”. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 99, p. 195.

⁴¹⁹Das geschehne Verletzung des Recht als Recht ist zwar eine *positive*, äußerliche *Existenz*, die aber *in sich* nichtig ist. Die *Manifestation* dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in di Existenz tretende Vernichtung jener

La “negación de la negación” no debe ser comprendida como la negación de un opuesto (*Entgegensetzte*), como si (A) fuese la negación de ($\neg A$), o sea ($\neg\neg A$). La negación de la negación es la supresión (*Aufhebung*) de la negación, o sea la supresión de la coacción (*Zwang*). Ella no es ($\neg\neg A$), sino (A). La “negación de la negación” es entonces (A), que tiene validez a través de la negación: la pena es la negación que debe absolutamente finalizar la negación⁴²⁰.

La pena, en tanto respuesta “racional”, no se produce en el nivel del derecho abstracto, sino en el de la eticidad. La respuesta que se da en el primer estadio del desarrollo dialéctico es, en cambio, la venganza (*Rache*). Al respecto Hegel sostiene:

“la superación del delito en la esfera del Derecho abstracto es principalmente *venganza*, justa, según el contenido en cuanto es represalia (...) La venganza, por el hecho de que es una acción positiva de una voluntad *particular*, viene a ser una *nueva vulneración*, incorporándose como tal contradicción en el progreso al infinito y pasa en herencia, de generación en generación, ilimitadamente”⁴²¹.

La superación del delito a través de la pena, en lugar de la venganza privada, no se asienta, como bien sostiene Merle, en que la venganza privada acarree la parcialidad. Puesto que el mismo Hegel reconoce que en “la venganza justa, según su contenido”⁴²², el vengador puede actuar legítimamente. El derecho, que como derecho se restaura, en caso de venganza es la personalidad de la víctima, en caso de la pena, sin embargo, la validez del derecho. Entonces la racionalidad de la pena no reside en el riesgo del abuso de la pena por medio de la venganza privada, sino del derecho que es reestablecido⁴²³. El delito y la pena, por consiguiente, no se asientan en el plano del ensamble de dos males, sino que lo hacen en el plano de la razón: el delito es lo irracional y la pena reestablece lo racional⁴²⁴. En términos de Hegel:

Verletzung – die Wirklichkeit des Rechts als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 97, p. 194.

⁴²⁰MERLE, Jean-Christophe: JRE, p. 159.

⁴²¹Das Aufheben des Verbrechen ist in dieser Sphäre der Unmittelbarkeit des Rechts zunächst *Rache*, dem *Inhanlte* nach gerecht, insofern si Wiedervergeltung ist (...) Die Rache wird hierdurch, daß sie als positive Handlung eines *besonderen* Willens ist, eine *neue Verletzung*: sie verfällt als dieser Widerspruch in den Progreß ins Unendliche und erbt sich von Geschlechtern zu Geschlechtern ins Unbergrenzte fort. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 102, pp. 204-205.

⁴²²HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 102, p. 204.

⁴²³MERLE, Jean-Christophe: JRE, p. 160.

⁴²⁴LESCH, Heiko H.: “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en ADPCP, T.XLVIII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1995, p. 920.

“en esta discusión lo que únicamente interesa es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho⁴²⁵”.

A la venganza privada, subjetiva y accidental, propia del derecho abstracto, Hegel le opone la justicia penal: ella no sólo reconoce la personalidad del criminal, sino también de todos miembros de la comunidad jurídica. De este modo, Hegel sostiene que:

“El derecho, en presencia del delito, bajo la forma de la *venganza* (§ 102), sólo es derecho *en sí*, no es la forma de lo jurídico, es decir, no es justo en su existencia. En lugar de ser vulnerada la parte, es lesionado lo *universal*, que el juicio tiene realidad propia y se encarga de la persecución y castigo del delito, que, en consecuencia, cesa de ser sólo el cambio *subjetivo* y contingente por medio de una venganza y se transforma en la verdadera conciliación del derecho consigo mismo, en la pena; esto es, en la consideración del derecho consigo mismo, en la *pena*; esto es, en la consideración objetiva como conciliación de la ley que se restablece a sí misma mediante la negación del delito y, por lo tanto, *realizándose como válida*; y, en consideración subjetiva del delincuente, como conciliación de su ley *por él conocida y válida para él*, y como protección de la misma que al efectuar por sí mismo, le proporciona al mismo tiempo y por este motivo la satisfacción de la justicia y sólo la realidad de su *Yo*”⁴²⁶.

Sólo cuando el delito y la pena se interrelacionan conceptualmente, cuando se entienden a modo de “discurso y réplica”, y de esta manera se sitúan en un mismo contexto interno y funcional, se puede hablar de una pena verdadera, en y para sí justa, esto es, idéntica al Derecho como objetivamente racional⁴²⁷. El delito debe ser superado no como creación de un “mal externo” sino como lesión del derecho en tanto que derecho y, por, ello, en la voluntad particular del delincuente que afirma el injusto⁴²⁸. Como sostiene de Hegel:

“La vulneración que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí* – como justa es, a la vez, su voluntad, que es *en sí* y la existencia de su libertad, *su* Derecho -, sino que también es un Derecho impuesto *en el*

⁴²⁵In dieser Erörterung kommt es allen darauf an, daß das Verbrechen, und zwar nicht als die Hervorbringung eines Übels, sondern als Verletzung des Rechts als Rechts, aufzuheben ist. HEGEL, G.W.F.: GPhR, Zusatz §99, p. 196.

⁴²⁶Das Recht gegen das Verbrechen in der Form der *Rache* (§102) ist nur Recht *an sich*, nicht in der Form Rechts, d.i. nicht in seiner Existenz gerecht. Statt der verletzten Partei tritt das verletzte *Allgemeine* auf, das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat, und übernimmt die Verfolgung und Ahndung des Verbrechens, welche damit die nur *subjektive* und zufällige Wiedervergeltung durch Rache zu sein aufhört, und sich in die wahrhafte Versöhnung des Rechts mit sich selbst, in *Strafe* verwandelt – in objektiver Rücksicht, als Versöhnung des durch Aufheben des Verbrechens sich selbst wiederherstellenden und damit als *gültig verwirklichenden Gesetzes*, und in subjektiver Rücksicht des Verbrechens, als *seines von ihm gewußten* und für ihn und zu seinem *Schutze gültigen Gesetzes*, in dessen Vollstreckung an ihm er somit selbst die Befriedigung der Gerechtigkeit, nur die Tat des *Seigigen*, findet. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 220, pp. 362-363.

⁴²⁷HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 100, p. 199.

⁴²⁸LESCH, Heiko H.: *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, traducción de Ramón Ragués, edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 22.

delincuente mismo, esto es, en su voluntad *existente*, en su acción. Porque en su acción, como acción de un *ente racional*, está implícito un universal: el que por medio de ella esté instituida una ley, a la que el delincuente ha reconocido por sí, y bajo la cual puede ser asumido, como bajo *su* Derecho”⁴²⁹.

El ilícito no sólo implica la negación de la voluntad general a través de la voluntad particular del delincuente sino que, al mismo tiempo, el sujeto se lesiona a sí mismo en su carácter de ser racional. La pena, a su vez, reintegra al sujeto delincuente su racionalidad, ya que ésta mantiene la personalidad del sujeto delincuente. En términos de Hegel “este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección”⁴³⁰. Por el delincuente es considerado como persona libre y responsable, a la que se le reconoce el derecho de configurar el mundo según su voluntad, acarreando, al mismo tiempo, responsabilidad por las consecuencias.

7. Resumen.

- Hegel intenta superar el dualismo kantiano entre lo nouménico y lo fenoménico a través del establecimiento de un sistema dialéctico.
- La *Filosofía del Derecho* de Hegel transita dialécticamente por tres niveles diversos: el del derecho abstracto, el de la moralidad y el de la eticidad. Esta última es la síntesis de la moralidad y la legalidad. De este modo, Derecho y moralidad objetiva no son, como en Kant, un “deber ser”, sino un “ser” y, por lo tanto, una realidad histórica concreta.
- No hay pensamiento sin voluntad ni voluntad sin pensamiento. Todo pensamiento es también voluntad, porque él es acción, actividad y espontaneidad; porque puedo querer, pensar, y todo lo pensado es también lo querido, como aspiración pensada.

⁴²⁹Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur *an sich* gerecht – als gerecht ist sie zugleich sein *an sich* seiender Wille, ein Dasein seiner Freiheit, *sein* Recht; sondern sie ist auch ein Recht *an den Verbrecher* selbst, d.i. in seinem *daseienden* Willen, in seiner Handlung *gesetzt*. Denn in seiner als eines *Vernünftigen* Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter *sein* Recht subsumiert werden darf. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 100, p. 199.

⁴³⁰Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; - ebensowenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung. HEGEL, G.W.F.: GPhR, § 100, pp. 199-200.

- La libertad del vacío –primer momento de la libertad– constituye la más alta expresión de toda particularidad, pero al mismo tiempo, cuando ese momento está separado y llevado al extremo, se torna principio del mal. El segundo momento de la voluntad lo constituye la especialización. Esta voluntad, en tanto que quiere algo, es finita, limitada. La voluntad del tercer momento del pensamiento es la particularidad reflejada en sí y referida a la universalidad.
- La finalidad es la unidad, en la cual la voluntad subjetiva se extiende sobre su objeto. Ella es un concepto dialéctico y de la razón. Es esa unidad de sujetos y objetos, de la idea en tanto causa, y del objeto que se torna efecto.
- La voluntad libre es la voluntad que por sí misma, como razón, quiere lo verdadero como lo bueno. En la identificación de la voluntad con la generalidad el sujeto se emancipa de la dependencia de los meros impulsos naturales y de la particularidad subjetiva como sujeto moral.
- La acción, en la medida que contradice la voluntad general, no es verdaderamente libre, sino expresión de una voluntad particular, arbitrio, y como tal pertenece al ámbito de la moralidad.
- La imputación de la acción es un juicio sobre la relación objetiva o “imputación objetiva”. Ella nos dice si un suceso (*Geschehen*) es hecho (*Tat*) de un sujeto. Sólo a esta pregunta se limita la imputación objetiva. Por el contrario, la pregunta sobre si un hecho puede subjetivamente a la culpabilidad, no está comprendida en el tratamiento de la imputación objetiva sino en el de consciencia de la antijuridicidad.
- El hecho y su imputación encuentran en el alcance de la fuerza de voluntad su límite. Sólo aquellas consecuencias de la inmediata actuación pueden ser imputadas como acción (como hecho), aquellas que el actor ha presupuesto, del cual él era consciente y de él fueron perseguidos. Aquello que se considera contingente o accidental no puede ser imputado a la acción. Imputable, por lo tanto, es aquello que es sólo “lo suyo” de la voluntad, es decir lo que ha sido tenido en cuenta en la previsión de la voluntad.

- La imputación objetiva abarca la atribución de un suceso como acción antijurídica. Antijurídica es la acción que alcanza a las consecuencias en la medida en que ambas estén unidas mediante una relación teleológica.
- La causalidad de la voluntad, o sea, el poder de la voluntad de dominar adecuadamente el curso causal, es el criterio decisivo tanto para la imputación del actuar comisivo como de las omisiones.
- Hegel ha delimitado con su concepto de dolo aquello que puede ser atribuido al sujeto como acción. Por lo tanto, sería una interpretación demasiado forzada intentar extender los presupuestos de la imputación al ámbito del actuar imprudente.
- El delito es expresión de la voluntad subjetiva, de una voluntad particular. El ilícito supone la voluntad particular del delincuente frente a la voluntad general, pretendiendo que aquella tenga vigencia en su particularidad.
- El criminal no sólo lesiona a través del hecho al derecho, sino que al mismo tiempo se lesiona a sí mismo como ser racional. Su hecho es la negación del espíritu. El sujeto, en tanto criminal, es sólo formalmente sujeto racional, sólo formalmente persona.
- La culpabilidad presupone únicamente imputación subjetiva, que hace referencia a la interna determinación de la voluntad del sujeto. El juicio normativo, o sea, el juicio sobre la antijuridicidad objetiva, requiere, por el contrario, una imputación objetiva.
- La inimputabilidad excluye la capacidad jurídico-penal de acción. La capacidad de culpabilidad y la capacidad de acción son, en el sistema hegeliano, idénticas. Tratar a alguien como culpable es de cierta manera honrarlo reconociéndole la posesión de razón.
- En el sistema hegeliano, la imputación objetiva y la imputación a la culpabilidad no son estrictamente divididas la una de la otra, sino que sus elementos son mezclados en un solo juicio.

- El delito debe ser superado dialécticamente, no como creación de un “mal externo” sino como lesión del derecho en tanto que derecho.

8. Comparación de los modelos de Kant y Hegel. Consideraciones finales.

El concepto de imputación que presenta Kant hace referencia tanto a la adscripción de un fenómeno como hecho como así también a la consideración del mismo como debido, como valorado positivamente, o bien, como desvalorado. La imputación tiene para el filósofo de Königsberg carácter constitutivo, el hecho y la reafirmación de la persona como libre surgen del propio proceso de imputación.

El delito, en el sistema kantiano, es un suceso imputable al autor (*Urheber* o *causa libera*) subdividido en dos etapas o niveles. El primero es el paso de la acción (*Handlung*) al hecho (*Tat*). El fundamento para adscribir este suceso al autor se fundamenta en la libertad de este último y es ésta libertad la que, al mismo tiempo, fundamenta su carácter de “persona”. El segundo nivel de imputación es la atribución del hecho como “culpable”, cuya consecuencia natural es la pena. Resulta bastante confuso precisar si el propio Kant reconoce o no, entre ambos juicios de imputación, un proceso interpretativo mediante el cual se mide el hecho previamente imputado con la norma de conducta en su dimensión retrospectiva (*applicatio legis ad factum*). El reconocimiento de este “estadio puente” entre ambas imputaciones implica reconocer, al mismo tiempo, como contracara, una función de prevención general de la norma de conducta, lo que conduce a poner en tela de juicio la doctrina ampliamente difundida que sostiene que la pena en Kant constituye un imperativo categórico.

Un aspecto positivo a resaltar del sistema kantiano de imputación es que si lo proyectamos en la actual teoría del delito, el mismo conlleva a la afirmación de un sistema basado en dos grandes categorías: el ilícito, constituido por la *imputatio facti* y la *applicatio legis ad factum*, y la culpabilidad, como la expresión de la *imputatio iuris*.

Por el contrario, su mayor debilidad reside en la dificultad para vincular los conceptos de imputación, libertad y autonomía cuando intentamos hacer uso de la imputación jurídica. Dichos conceptos, estrictamente interrelacionados, son lógicamente aplicables en el caso de la imputación ética, puesto que toda imputación presupone el actuar libre del autor y, en caso del actuar ético, el *Urheber*, conforme al concepto de libertad positiva, es libre en la medida en que se dicta su propia máxima moral. Dicha lógica se quiebra en el caso de la imputación

jurídica, puesto que el autor actúa de manera heterónoma. Si reconocemos que el sujeto no actúa de manera libre, no podríamos imputarle el hecho, lo que conllevaría a identificarlo como una cosa. Ante la falta de un concepto de libertad en la *MdS* que sirva de puente entre lo nouménico y lo fenoménico, la única solución parecería ser la de admitir que la imputación se lleva a cabo con base en la no atención del agente a lo que debía hacer, una vía de imputación más que por haber obrado mal, por no haber obrado bien pudiendo hacerlo⁴³¹.

Esta dualidad infranqueable entre lo nouménico y lo fenoménico es la que pretende superar Hegel con su sistema dialéctico. Conforme a su filosofía del derecho, el mundo inteligible y el mundo natural, o sea, el mundo del espíritu y el mundo material, son idénticos. La eticidad, en tanto síntesis de la moralidad y la legalidad, comprende todas aquellas instituciones de los seres humanos, las cuales la consciencia general lleva a su realización en la convivencia externa en la que, por lo tanto, se acentúa uniformemente su carácter jurídico y moral. De ello se deduce que, el derecho y la moralidad objetiva no son, como en Kant, un “deber ser” (*Sollen*) sino un “ser” (*Sein*), una realidad histórica concreta en la que la comunidad y el individuo son miembros con valor propio de una totalidad. El hombre actúa de manera libre en la medida en que su conducta sea conforme a la voluntad general. Todo apartamiento de dicha voluntad, constituye una manifestación de una voluntad particular, una voluntad limitada y formalmente racional.

El delito, en tanto manifestación de una voluntad particular, es superado a través de la pena como confirmación del derecho. El concepto de imputación sirve de concepto de enlace entre delito y pena. Estos tres conceptos se encuentran en una relación sinalagmática, referidos unos a otros. En esta interrelación la imputación reafirma, o en su caso niega, el apartamiento de la voluntad del sujeto respecto de la voluntad general.

Las críticas que formulamos al sistema hegeliano de imputación están dirigidas en primer lugar a su concepto de libertad. Al identificar el actuar libre con la adecuación de la conducta a la voluntad general, adopta un punto de vista holístico⁴³², posición que rechazamos desde el posicionamiento epistemológico por nosotros defendido, puesto que implica la dilución del

⁴³¹SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Imputación y teoría del delito*, p. 192

⁴³²Siguiendo a HOLLIS definimos como “Holismo” a cualquier enfoque que tenga en cuenta a los agentes individuales (humanos o de cualquier otra clase) al apelar a algún todo mayor. El “individualismo” se refiere a cualquier versión del enfoque contrario, que tenga en cuenta las estructuras apelando a los agentes individuales (humanos o no). HOLLIS, Martin: *Filosofía de las Ciencias Sociales*”, p. 18.

individuo dentro de un concepto más amplio. Este modo de comprender la relación entre el hombre y la sociedad contradice nuestro modo de comprender los fenómenos sociales, que tienen como eje central la acción social.

La segunda de las críticas se dirige a la indivisibilidad del concepto de acción culpable, lo que desemboca en un concepto global de delito no sub-divisible en categorías, y en la identidad entre acción y culpabilidad. En el sistema hegeliano, la imputación objetiva y la imputación a la culpabilidad no están estrictamente divididas la una de la otra, sino comprendidas mutuamente, o en otros términos, sus elementos son mezclados en un solo juicio. El concepto hegeliano de ilícito simpatiza con los fundamentos inmanentes de la culpabilidad, que se visualizan en una identidad entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad. Así, toda acción es a su vez acción culpable. En consecuencia, las distinciones entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se disuelven en una especie de *applicatio legis ad factum*. La imputación se dirige a constatar la subsunción o no de la voluntad, de lo particular, en lo general.

CAPÍTULO III: La teoría de la imputación de Werner Hardwig.

1. Introducción.

Werner Hardwig desarrolló, a mediados del siglo XX, una teoría general de la imputación (*eine allgemeine Zurechnungslehre*) en derecho penal no limitada a la imputación al hecho. Es decir, intentó establecer un concepto de imputación que comprenda tanto la imputación a la antijuridicidad como la imputación de la culpabilidad. Entendió a la teoría general de la imputación como una compleja relación cerrada que de raíz debía comprender la totalidad del sistema jurídico penal, constituyéndose en el núcleo del sistema jurídico-penal⁴³³. Siendo válida, además, para toda clase de manifestación delictiva⁴³⁴, es decir, no limitándose a los delitos dolosos de resultado.

2. La función del derecho

Desde la teoría de Hardwig el derecho es a la vez norma de valoración (*Bewertungsnorm*) y norma de determinación (*Bestimmungsnorm*). La norma de valoración siempre precede de manera lógica a la norma de determinación. La relación lógica debe ser pensada de esta manera, así la norma de determinación que reza “no debes matar”, está basada en una norma de valoración, precisamente la referida a la inviolabilidad de la vida⁴³⁵.

El derecho no es mera valoración, tales valoraciones pueden ser pensadas independientemente del derecho. Más bien la finalidad primordial del derecho es determinar conductas humanas. En este esquema, la norma de valoración y la norma de determinación se presuponen recíprocamente: una norma es norma de valoración cuando presupone una conducta determinable. Siguiendo este razonamiento, Hardwig sostiene que no es valorada jurídicamente la causación de la muerte, sino una conducta, que a pesar de la evitabilidad de la muerte, tuvo como consecuencia la muerte de una persona. De esta manera:

“La norma de valoración, por tanto, no reza: tú no debes causar la muerte de una persona, sino: debes evitar causar la muerte de una persona (por supuesto, siempre que sea para él evitable)”⁴³⁶.

⁴³³HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung*, p. 170.

⁴³⁴HARDWIG, Werner: *Ob. Cit.*, p. 128.

⁴³⁵HARDWIG, Werner: *Ob. Cit.*, pp. 165-166.

⁴³⁶Die Bewertungsnorm lautet deswegen auch nicht: Du sollst nicht den Tod eines Menschen verursachen, sondern: Du sollst es vermeiden, den Tod eines Menschen zu verursachen (verseht sich: sofern es für dich vermeidbar ist). HARDWIG, Werner: *Ob. Cit.*, p. 166.

El derecho en cuanto norma de determinación se dirige a la generalidad, constituyendo ésta su función primaria. El derecho, como también las normas morales, son vinculantes, entonces son imperativos, de los cuales no está permitida una desviación. Pertenece al concepto de norma que ella sea pensada como obligatoria. Esa obligatoriedad es incondicional tanto en las normas de la ética como en las normas del derecho. Mientras en general valen, valen con absoluta obligatoriedad⁴³⁷.

El derecho prohíbe u ordena determinados modos de comportamiento humano. Pero al hombre simplemente se le puede ordenar o prohibir aquello sobre lo cual tiene influencia. De esto se deduce que derecho sólo puede ordenar o prohibir modos de conductas que dependen del poder y voluntad del hombre.

3. La teoría de la imputación.

3.1. El rechazo del dogma causal.

El punto de partida de la teoría de la imputación presentada por Hardwig es el rechazo del dogma causal como fundamento de la atribución del resultado. Conforme a su punto de vista, el dogma causal no tiene valor (*das Kausaldogma gilt nicht!*) y, en consecuencia, tampoco tiene valor la frase: “alguien sólo es responsable por su resultado, cuando él lo ha causado”. De este modo, puede existir responsabilidad por una acción cuando se trata sólo de una conducta y no de un resultado de la conducta (delitos de mera actividad). Además, tampoco en delitos de omisión existe ninguna relación causal entre la conducta y el resultado que fundamente este último. Por último, también en aquellos casos donde una actual voluntad con respecto a una lesión del derecho, puede ser justificada una respuesta jurídico penal (delitos imprudentes)⁴³⁸.

El resultado no es en sí mismo el efecto jurídico considerado como “antijurídico”, sino tan sólo un suceso fáctico que es relativo al derecho y que es valorado como antijurídico. Contrario al deber jurídico sólo puede ser una conducta, sea ésta una acción o una omisión.

⁴³⁷HARDWIG, Werner: „Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen“, en „Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973“ herausgegeben von Claus Roxin in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger, Berlin-New York, Verlag Walter de Gruyter, 1974, p. 20.

⁴³⁸HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 113; la categoría de la causalidad es contemplada por HARDWIG en cuanto posibilidad de evitación, pero esta cuestión no tiene nada inmediato con la pregunta a realizar, si alguien ha causado un hecho o si entre una conducta y un resultado existe relación causal o si una conducta es *conditio sine qua non* de un acontecimiento, p. 128.

Esa acción u omisión pueden tener consecuencias, que llamamos resultado (*Erfolg*). El resultado que es relativo, en términos casuales o de manera final, a una conducta contraria a un deber jurídico podemos llamarlo “resultado antijurídico”, aunque Hardwig aclara que esta forma de expresión no es ciertamente correcta. Según él se debería decir: “un resultado, que se basa en una conducta contraria al deber”⁴³⁹. El resultado en sí mismo es siempre la consecuencia (*Ergebnis*) de una causación o, en general, de variaciones que resultan o bien del autor o bien de otro lado. Así por ejemplo si alguien cae al agua y se ahoga, luego su muerte no es antijurídica. Contrario al deber jurídico puede ser que alguien no haya impedido la muerte que a tal efecto estaba jurídicamente obligado⁴⁴⁰. Lo causado es siempre un suceso (*Vorgang*) que como tal no es en sí idóneo para ser atribuido a un sujeto como su obra o para imputárselo como carga. Para que sea viable la atribución se requiere que la causación se haya producido mediante una conducta contraria a un deber jurídico.

Cuando decimos que alguien ha causado una lesión jurídica, o sea ha lesionado el derecho, se puede entender sólo una idea, una lesión del derecho no es causada, sino constatada. De esta manera, el juicio por medio del cual un hecho fáctico es considerado antijurídico no es ningún juicio sobre una relación de consecuencias, sino un juicio sobre la comparación entre una conducta relativa al derecho y el complejo de normas del derecho, con la consecuencia que la conducta es o no una lesión del derecho⁴⁴¹. En la medida en que la causalidad no es para nada el principio decisivo para la explicación de la responsabilidad o para su justificación, el concepto de que cumple dicha función es el de “imputación”.

3.2. Imputación y libertad.

El cumplimiento (satisfactibilidad) objetivo de un deber jurídico presupone dos partes: la posibilidad objetiva de determinarse conforme al derecho y la dominabilidad objetiva (*objektive Beherrschbarkeit*) de los sucesos causales.

La posibilidad objetiva de determinarse conforme al derecho no debe ser contemplada como determinabilidad objetiva (*objektive Bestimmbarkeit*). Es con respecto a este primer requisito donde Hardwig plantea la problemática del libre albedrío. Tomando como base una postura de

⁴³⁹Ein Erfolg, der auf einem rechtspflichtwidrigen Verhalten beruht. HARDWIG, Werner: „Verursachung und Erfolgszurechnung. Eine Anmerkung zu einer Anmerkung“, en „Juristenzeitung“, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, p. 289.

⁴⁴⁰HARDWIG, Werner: JZ (1968), p. 289.

⁴⁴¹Eine Rechtsverletzung wird nicht verursacht, sondern festgestellt. HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung*, p. 112.

índole constructivista, Hardwig afirma que el ser humano hombre en mayor o en menor medida puede producir una imagen acabada del mundo, una imagen que es su mundo. Las palabras, conceptos, idiomas, se tienen que unir en una unidad interna y el hombre se mantiene preocupado mientras no haya conseguido todavía esa interna unidad, siendo consciente de todo esto. Esta creación de esta imagen concreta interna del mundo es por sí misma de nuevo un acto de libertad. Esa imagen del mundo no solamente es una descripción del mundo real (*sein*) como lo piensa el portador de la representación, sino como debe ser o como debe no ser (*soll sein oder nicht soll sein*). Realidad y representación ideal entran en diversa correlación, ellas se aprovechan una a la otra, ella valen una en la otra. En estas representaciones ideales fluyen ideas de deber ser (*Sollenvorstellungen*) y entre los conceptos en términos de “deber-ser” se encuentra el derecho. El hombre cree poder dirigir sus impulsos hacia esos conceptos considerados como debidos, porque él es, en mayor o menor medida, amo de los mismos. Él tiene la capacidad de comparar actividades actuales con otras actividades actuales o futuras, configurar la realidad según su representación, presuponer su desarrollo y controlar las consecuencias de su acción. Todo dentro de determinados límites⁴⁴².

De este modo conceptos tales como “libertad”, “razón”, “norma”, “deber”, “responsabilidad”, “culpabilidad”, “capacidad de dominio de hechos causales”, “previsibilidad” y cada capacidad de configuración, que existen en la recreación de la imagen interna y en la aplicación de esa imagen en la realidad y que se deducen de la estructura final de nuestra voluntad, yacen en un complejo indisoluble. De ninguno de estos conceptos aislados se puede extraer una imagen total del mundo⁴⁴³. De este modo, el libre albedrío sin razón, la razón sin libre albedrío, son ideas quiméricas dado que la independencia del mundo ideal respecto del mundo real no es pensable sin la libertad. En la confrontación del mundo pensado y el mundo real en relación con la posibilidad de influencia, resulta la norma, o sea la finalidad de la norma, tanto la norma ética como la norma estética. La teoría general de la imputación toma esta compleja relación como punto inicial de sus reflexiones. Sin dicha relación, también se suprimiría el concepto de imputación⁴⁴⁴.

También a esta compleja relación pertenece la posibilidad de dominio de los sucesos causales; sin esa relación hacia los hechos causales flotan las reflexiones en el aire. La posibilidad de

⁴⁴²HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung*, p. 169.

⁴⁴³HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 169-170.

⁴⁴⁴HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 170.

dominio causal se diferencia de la previsibilidad y de la capacidad de influir en los hechos. La dominabilidad (*Beherrschbarkeit*) o dirigibilidad (*Lenkbarkeit*) de los sucesos causales significa que el hecho fáctico se presenta o se podría presentar como “obra” (*Werk*) del autor. Con la cuestión de la dominabilidad también algo puede ser juzgado, si la evitación de un resultado podría haber sido la obra de un sujeto de derecho⁴⁴⁵.

3.3. Los niveles de imputación.

Hardwig en su teoría general de la imputación reconoce dos niveles diferenciados de imputación que se llevan a cabo a través de diversos juicios, ellos son: la imputación de la antijuridicidad y la imputación de la culpabilidad. En este punto, difiere de otros autores que trabajan también con un concepto global de imputación subdividido en la imputación al hecho y la imputación a la culpabilidad, puesto que para Hardwig el primer estadio de imputación ya comprende el juicio de desvaloración del hecho como antijurídico.

3.3.1. La imputación a la antijuridicidad.

Conforme a este modelo de análisis, en derecho penal sólo pueden ser imputadas a alguien modalidades de comportamiento antijurídico. El ilícito (*Unrecht*) existe cuando se ha lesionado una norma de determinación, cuya lesión era en principio posible evitar. *Contrario sensu*, aquello que no puede ser evitado no puede ser antijurídico⁴⁴⁶. De lo que se deduce que la norma presupone que puede ser cumplida (*Erfüllbarkeit des Rechts*), lo que en otros términos significa que ella presupone la libertad del hombre⁴⁴⁷.

Para que una conducta pueda ser considerada antijurídica debe existir un deber jurídico. Dichos deberes jurídicos no se refieren inmediatamente a hechos sino a la conducta humana. Cuando se dice que un hecho es antijurídico significa que el hecho se basa en una conducta antijurídica. “Antijurídico” es, entonces, un hecho que se refiere a una conducta antijurídica. Por el contrario, “conforme al derecho” es entonces un hecho cuando es reducible a una

⁴⁴⁵HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 171.

⁴⁴⁶HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 124; JZ, p. 290.

⁴⁴⁷HARDWIG, Werner: FS-Henkel, p. 20.

conducta conforme al derecho y el objetivo tenido en vista por el deber jurídico es alcanzado⁴⁴⁸.

En el primer estadio de imputación un suceso es imputable a un sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*) cuando el suceso se refiere al derecho. La “referibilidad” (*Beziehbarkeit*) del suceso al derecho lo torna suceso jurídico. Ese hecho jurídico es la conducta de una persona, o sea una acción como una omisión⁴⁴⁹. Lo que define a una conducta como acción u omisión es su referencia al deber jurídico. De este modo una omisión no es ningún suceso en el sentido de una modificación material, sino la negación de una modificación material con respecto a una modificación debida.

El hecho jurídico tiene siempre como sujeto a un sujeto de derecho y éste no necesariamente es el sujeto del suceso fáctico. Un suceso fáctico no necesita generalmente tener ninguna persona como sujeto. Puede ser un hecho sin sujeto (*Es-Geschehen*)⁴⁵⁰, como es el caso de los delitos omisivos. Sujeto de derecho siempre es un ser humano como sujeto obligado.

“Ser sujeto de un suceso jurídico significa que al sujeto el suceso jurídico, a decir verdad, le es imputable”⁴⁵¹.

Según Hardwig en derecho penal se trata siempre de la imputación de hechos antijurídicos.

“Antijurídico es el suceso en referencia al cual un sujeto se ha comportado antijurídicamente, es decir, ha lesionado un deber jurídico. Con esto el concepto de la ‘antijuridicidad’ sin dudas sólo está referido a un determinado objeto, una conducta humana, la cual se puede juzgar como antijurídica o no antijurídica”⁴⁵².

Como hemos hecho referencia con anterioridad, sólo puede ser considerada antijurídica la conducta que lesiona un deber jurídico, en la medida que la norma de determinación pueda ser cumplida. Cuando un deber jurídico es perseguible para alguien concreto-general (objetivo),

⁴⁴⁸Por el contrario, un suceso no es ni conforme a derecho ni antijurídico cuando se puede reducir a un comportamiento conforme a derecho, sin que el objetivo que el deber tenía en vista pueda ser alcanzado. HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung*, p. 129.

⁴⁴⁹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 164.

⁴⁵⁰HARDWIG cita el ejemplo de la muerte de un niño que cae al agua y se ahoga. Aquí existe un “*Es-Geschehen*” es decir, un hecho que no se basa en una conducta humana activa. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 164.

⁴⁵¹Subjekt eines Rechtsgeschehens sein bedeutet, daß dem Subjekt das Rechtsgeschehen „von Rechts wegen“ zuzurechnen ist. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 164.

⁴⁵²Rechtswidrig ist das Geschehen, in bezug auf das ein Rechtssubjekt sich rechtswidrig verhalten hat, d. h. eine Rechtspflicht verletzt hat. Hiermit ist der Begriff der Rechtswidrigkeit freilich nur auf einen bestimmten Gegenstand, ein menschliches Verhalten, bezogen, welches als rechtswidrig oder als nicht rechtswidrig zu beurteilen ist. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 165.

luego lo antijurídico e imputable a la antijuridicidad es el efectivo no cumplimiento del deber. El juicio de imputación a la antijuridicidad, según Hardwig, reza:

“este suceso jurídico te es imputado como antijurídico, porque tú eras el sujeto de derecho de ese suceso jurídico conforme a un deber jurídico existente⁴⁵³”.

Para este primer nivel de imputación Hardwig estipula algunos principios que son aplicables a toda modalidad delictiva:

1. Un hecho es imputable jurídicamente cuando se incluye en la categoría del derecho o – lo que es lo mismo– cuando está referido al derecho.
2. La imputación atañe siempre a un modo de conducta humana. Por lo tanto, sólo es un suceso imputable jurídicamente la conducta que está influenciada por un deber jurídico.
3. En el derecho penal sólo es imputado un suceso antijurídico. El suceso puede ser el comportamiento en sí mismo o puede ser una modalidad de comportamiento con un resultado exterior al mismo, siempre que el resultado esté influenciado por un modo de comportamiento humano.
4. Antijurídico es, luego, un suceso cuando existe para un sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*) un deber jurídico (*Rechtspflicht*) de evitar o eludir, y siempre y cuando el sujeto de derecho, también por la suposición de la imputabilidad y de la capacidad que son presupuestas de esta manera del deber jurídico, hubiese podido si hubiese querido⁴⁵⁴.

En los delitos de resultado, por su parte, la imputación de éste procede en la medida en que, además de los requisitos señalados anteriormente, se den las siguientes relaciones: (1) debe existir un modo de comportamiento positivo, (2) la conducta debe ser contraria al deber, (3) la conducta debe haber causado un resultado y (4) el resultado debe deberse a la contrariedad al deber⁴⁵⁵.

⁴⁵³Dieses Rechtsgeschehen wird dir als rechtswidriges zugerechnet, weil du das Rechtssubjekt dieses Rechtsgeschehens gemäß bestehenden Rechtspflicht warst. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 170.

⁴⁵⁴HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung*, p. 127.

⁴⁵⁵HARDWIG, Werner: JZ, p. 290.

3.3.2. La división entre dos niveles de imputación.

Hardwig plantea la dificultad que se presenta al distinguir la capacidad de cumplimiento de la norma en abstracto o en concreto, puesto que es allí donde se traza la frontera entre los dos estadios de la imputación, es decir, entre antijuridicidad y culpabilidad.

Una primera solución viable es que toda conducta antijurídica sea, al mismo tiempo, culpable. Lo que conllevaría a que ambos juicios de imputación recaigan sobre el mismo objeto pero desde diversas perspectivas (una desde la perspectiva de la comunidad jurídica, la otra desde la perspectiva del delincuente)⁴⁵⁶.

Otra solución consistiría en una relación de tipo gradual; así, toda conducta culpable necesariamente constituye una conducta antijurídica, aunque no toda conducta antijurídica es necesariamente, a la vez, culpable.

Hardwig llega a esta segunda solución cuando traza la frontera entre ambos estadios de imputación. Según su esquema de análisis, “antijurídica” es la conducta que contradice de manera concreta-general (u objetiva) una norma de determinación y de valoración. Por el contrario, “culpable” es la conducta que contradice la misma norma de valoración y de determinación en referencia al autor concreto según su comprensión y capacidad de voluntad (es decir concreta-individual o “subjetiva”)⁴⁵⁷. En la culpabilidad se constata que el sujeto de derecho, según sus capacidades concretas, hubiese querido evitar o elidir, lo que había querido.

3.3.3. La imputación a la culpabilidad.

El segundo nivel de imputación corresponde a la imputación a la culpabilidad. En este nivel de imputación analiza Hardwig un juicio que recae sobre la misma norma de valoración y de determinación quebrantada por el sujeto de derecho pero ya no desde una perspectiva general-objetiva, sino de una manera concreta-individual o subjetiva. Conforme a este esquema, “culpable” es el suceso antijurídico (primer estadio de imputación), siempre y cuando el

⁴⁵⁶HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 167.

⁴⁵⁷Con esta delimitación se dan las siguientes posibilidades: causación no antijurídica/ conforme a derecho (en el sentido de las ciencias de la naturaleza), causación antijurídica pero no culpable (en sentido final-normativo), causación antijurídica y culpable (en sentido final-normativo), omisión antijurídica pero no culpable, omisión antijurídica y culpable. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 167.

sujeto de derecho según su concreta capacidad hubiese podido querer, como lo había querido. La culpabilidad existe, luego, cuando el sujeto del suceso antijurídico hubiese podido querer evitar o eludir⁴⁵⁸.

En la medida en que una conducta juzgada como antijurídica desde una perspectiva general (imputación a la antijuridicidad) puede al mismo tiempo no ser culpable, se deduce que la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) pertenece a la imputación a la culpabilidad y no a la antijuridicidad. La imputabilidad es un juicio general sobre las capacidades personales del obligado de determinar su conducta conforme al derecho.

A la imputación a la culpabilidad no sólo pertenece la imputabilidad sino también la concreta capacidad de culpabilidad (*Schuldfähigkeit*), que sólo en la situación concreta puede ser afirmada o negada. Para Hardwig el concepto de capacidad de culpabilidad y el concepto de capacidad de imputación o imputabilidad no coinciden totalmente. La capacidad de culpabilidad se descompone en “capacidad de culpabilidad general-individual”, que es idéntica a la capacidad de imputación o imputabilidad, y la “capacidad de culpabilidad concreta-individual”.

Este segundo juicio presenta mayores dificultades de determinación puesto que siempre existe una valoración altamente insegura respecto de cuán lejos va la capacidad de conciencia (conocimiento y voluntad) del sujeto, dado que dicha capacidad varía en función de si la conducta a valorar sea dolosa o imprudente. El derecho sólo exige que el autor configure su conducta de conforme a las valoraciones del derecho. Depende de allí sólo del conocimiento del autor, del saber (no de la conciencia) de las valoraciones del derecho. Pero también el desconocimiento puede serle reprochado al autor, siempre y cuando lo establezca el deber jurídico de abrirse a las valoraciones del derecho. Por lo tanto, para la cuestión de la imprudencia es igualmente valedera si una conducta involuntaria imprudente se basa o no en una falta de valoración emocional. Si el delincuente quiere quebrantar el derecho, es bastante insignificante. Es suficiente que él sepa que su conducta quebranta el derecho. Luego, es para el derecho también querida⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸Según HARDWIG la comprobación de que el autor podría haberse comportado conforme a derecho, si él hubiese querido, es una estimación de las capacidades de comprensión y voluntad en cuanto a una situación dada. La comparación entre conducta y norma no es una valoración sino una comprobación tal como si una imagen coincide con la realidad. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 198-199.

⁴⁵⁹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 179.

Comprobamos que el autor quiso el hecho antijurídico, luego está incluido que el autor ese ha considerado completamente tanto fáctica y jurídicamente el significado de su conducta. En estos casos afirmamos, siempre y cuando la imputabilidad está afirmada, que el autor podía comportarse de otra manera; luego, de allí el derecho deduce que el autor puede comportarse conforme a derecho cuando él comprende totalmente su conducta. En el juzgamiento de los delitos imprudentes, por el contrario, debe ser primeramente constatado, si el autor pudo comprender de modo total el alcance de su conducta⁴⁶⁰.

3.4. Derecho, sujeto de derecho y suceso jurídico como conceptos centrales de la teoría general de la imputación.

Hardwig, a través de su concepto de imputación, quiere mostrar la compleja naturaleza de relaciones entre el sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*), el derecho (*Recht*) y el suceso jurídico (*Rechtsgeschehen*). Según él, con los conceptos de causalidad e imputación están relacionadas dos formas de reflexión completamente diversas. De ningún modo es posible considerar el sentido de la imputación de una lineal-progresivo-retrospectivo (*linear-progressiv-restrospectiv*), como lo es el de la causalidad. A través del concepto de imputación es razonable asociar otro modo de reflexión, que Hardwig lo imagina gráficamente como un círculo con tres puntos en los que están unidos en relación recíproca el “derecho”, el “sujeto de derecho” y el “suceso jurídico”. Estos tres puntos constituyen un sistema complejo de referencia de carácter cerrado. En él ningún punto puede ser abstraído de los otros porque con ello su relación de sentido se interrumpiría. Hardwig también niega que dicho sistema se pueda presentar de manera progresiva de un punto a otro, porque en esa progresión se establece un punto como punto de inicio, lo que no resulta posible. En esta complejidad el concepto de imputación significa la producción formal de esas relaciones. Entonces, con el concepto de imputación está asociado, aparte de un especial modo de reflexión, quizás un sistema especial⁴⁶¹.

La complejidad de esas relaciones que hemos descrito se refleja en el concepto de “conducta”. La conducta se funda en el enfrentamiento de una criatura racional frente a la norma compleja de la razón –del derecho–, de un lado, y a un hecho en el mundo exterior, del otro lado. En ese complejo de normas se originan los deberes jurídicos. El suceso jurídico (suceso fáctico

⁴⁶⁰HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 133.

⁴⁶¹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 175.

referido a un deber jurídico) puede ser un suceso fáctico con significación social y jurídica (comisión), o puede ser también la negación de un suceso fáctico en relación a un debido hecho posible (omisión). El suceso jurídico puede primeramente ser visto en la conducta en sí misma, sea en una acción o en una omisión, y secundariamente en un resultado con significación jurídica. Conducta y resultado son separables, aunque no de manera total, dado que el resultado permanece siempre relacionado a una conducta humana. La desvaloración del hecho no yace en el resultado, sino en la conducta infractora de un deber jurídico. Aquí no es el concepto de “causalidad” el concepto de enlace jurídico entre conducta y resultado, sino que dicha función es desempeñada por el concepto de “deber jurídico”⁴⁶².

En el análisis de los delitos de resultado, Hardwig considera relevante la categoría de “control del suceso causal” (*Steuerung des kausalen Geschehen*) como principio rector de esta clase de delitos. En el caso de los delitos de resultado, el suceso imputable es el control intencionado de un suceso hacia un resultado. El fundamento jurídico de la imputación no es el hecho fáctico del control sin más, sino el hecho jurídico de que el control se encuentra bajo un deber jurídico⁴⁶³. El deber jurídico de control se refiere sólo a sucesos controlables. Sólo a este tipo de sucesos se refiere el deber jurídico.

Hardwig deduce también de esta categoría la fundamentación de la imputación en los delitos imprudentes (*nicht-willentlichen Erfolgsdelikte* en la nomenclatura de Hardwig). El fundamento reside en la posibilidad de control (*Möglichkeit der Steuerung*) del suceso. Un resultado evitable es posible cuando el resultado es objetivamente previsible y el sujeto de derecho tiene a disposición los poderes y medios para evitar el resultado, cuando él lo hubiera previsto⁴⁶⁴. El reproche del derecho puede dirigirse a alguien que ha controlado un suceso causal en relación a un determinado resultado desaprobado por el derecho, o bien, que el sujeto de derecho no ha controlado el suceso causal aunque él estaba jurídicamente obligado a dicho control. Entonces, el resultado ha ocurrido porque el obligado no cumplió con su deber⁴⁶⁵.

⁴⁶²HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 176.

⁴⁶³HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 151.

⁴⁶⁴Estos poderes y medios conciernen la posible realización causal a excepción de las concretas capacidades de conocimiento y voluntad que pertenecen a la imputación a la culpabilidad. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 153.

⁴⁶⁵HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 138-139.

Según Hardwig, el deber de control puede surgir de dos principios bastante diversos. Ellos pueden, en primer lugar, surgir del principio general de no lesionar determinados bienes jurídicos, de evitar su lesión y, en segundo lugar, originarse de deberes jurídicos especiales. El primer tipo de deber tiene dos contenidos diversos. El primer contenido existe en la prohibición: “no debes matar”, que en otros términos significa “no te está permitido aspirar a la lesión de bienes jurídicamente protegidos”. Como vemos, se trata de un deber de tipo negativo. Pero según Hardwig, el deber de evitar una lesión de un bien jurídico contiene quizás también una orden en sí. Él tiene un contenido positivo. Dicho deber exige aplicar la posible precaución, atención y cuidado en torno a la evitación de resultados desaprobados por el derecho. La violación del deber se produce a través de la negligencia o descuido del deber de control, a través de una falta de control, como es ordenado por el deber jurídico⁴⁶⁶. Contra ello, hay deberes especiales que desde el principio surgen de la conservación de bienes jurídicos. Estos deberes jurídicos no son absolutamente idénticos con el deber jurídico de evitar la lesión de un bien jurídico. Se trata más bien del deber jurídico de conservar un bien jurídico, un deber jurídico especial que se comprueba respectivamente para el caso particular y que no es reducible al deber de evitar. Jurídicamente visto, puede la lesión de un deber de conservación tener efectos jurídicos el mismo como la lesión de un deber de evitar y justificar la responsabilidad por la lesión de un bien jurídico⁴⁶⁷.

Nos resulta llamativa la proximidad que existe entre el planteamiento de Hardwig acerca de deberes de evitación, por un lado, y deberes de conservación, por otro, con la tesis de Jakobs, que desarrollaremos más adelante, entre los delitos por competencia por organización, fundados en el principio general de no lesionar a otro y los delitos por competencia institucional fundados en deberes positivos⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 139.

⁴⁶⁷HARDWIG considera que hay todavía un tercer modo de deber jurídico, que no es idéntico ni al deber de evitar ni al deber jurídico conservar, no obstante con el último está emparentado. Se trata del deber moral necesario de ayuda. Estos deberes no surgen de la conservación de un bien jurídico, sino de una ayuda moral necesaria en la conservación de bienes jurídicos. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 139-140.

⁴⁶⁸JAKOBS, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991, pp. 7-8; “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’” en “Estudios de Derecho penal”, Cívitas, 1997, p. 211; “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Eduardo Montealegre Lynett (coordinador), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 45.

Luego Hardwig desarrolla el concepto de “sujeto” considerando al individuo como totalidad psicofísica⁴⁶⁹. A través de conceptos tales como “impulsividad” (*Treibhaftigkeit*), “razón” (*Vernunft*), “sentimiento” (*Gefühl*), “voluntad” (*Wollen*) y “realización de la voluntad” (*Willenverwirklichung*) se puede observar que las categorías de “causalidad” (*Kausalität*), “finalidad” (*Finalität*) y “normatividad” (*Normativität*) para este sujeto de derecho encuentran aplicación. En el concepto de sujeto también encuentran aplicación categorías antes desarrolladas como el libre albedrío, o la dominabilidad objetiva, que entienden al sujeto de derecho como señor del suceso. Además, es a partir de esta consideración de sujeto en tanto alcanzado por un deber jurídico donde se traza la diferencia entre “sujeto del hecho fáctico” y “sujeto de derecho”⁴⁷⁰.

En este complejo de relaciones entre los tres conceptos tratados ingresa el concepto de “imputación” como fundamento del sistema. La determinabilidad de la imputación depende de la determinabilidad del complejo de normas. Ellas son dadas al derecho como normas de la razón. Antijuridicidad y culpabilidad están ambas referidas a dicho complejo de normas. Objeto de la antijuridicidad es el comportamiento, como se presenta hacia el exterior de la comunidad jurídica, sin que se pudiese, por lo tanto, prever completamente la configuración interna. Por el contrario, la culpabilidad es vista desde la actitud interna de la voluntad y de la capacidad de comprender del concreto sujeto de derecho en la situación concreta en relación a dicho comportamiento⁴⁷¹.

3.5. Teoría de la imputación y teoría del delito.

La teoría de la imputación desarrollada por este Hardwig, contrastada con la teoría del delito, conlleva a la admisión de una estructura bimembre del delito, compuesta por el ilícito y la culpabilidad.

Respecto a la relación entre tipo y antijuridicidad, no existe una relación indiciaria entre ambos, sino sólo un tipo de ilícito (*Unrechtstatbestand*) en el cual la antijuridicidad es una característica necesaria del tipo⁴⁷². Si el tipo es la descripción de un ilícito, luego no tiene sentido distinguir entre un tipo por un lado y un ilícito por otro. Entonces, no se puede

⁴⁶⁹Quizás el sujeto está fundado como personalidad en el espíritu objetivo que se manifiesta en un determinado tiempo y en un determinado lugar como cultura. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 177.

⁴⁷⁰HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 177.

⁴⁷¹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 177.

⁴⁷²HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 181.

comprobar si se presenta un tipo y comprobar luego si ese tipo es ilícito o no. Tanto la comprobación de la conducta típica como su antijuridicidad pertenecen conjuntamente a la comprobación del tipo⁴⁷³.

En esta estructura, “dolo” e “imprudencia” son conceptos complejos que contienen algunos momentos que pertenecen al tipo penal, mientras todos los momentos juntos resuelven la culpabilidad. En el modelo propuesto por Hardwig, dolo e imprudencia se diferencian al principio en el momento de la intencionalidad. Pertenecen al concepto de dolo los siguientes momentos: alguien actúa con dolo cuando quiere hacer u omitir algo, sabiendo que eso que él quiere hacer u omitir es ilícito, dado que él podría haber determinado su voluntad conforme al derecho. En este esquema, la capacidad de culpabilidad no es componente del tipo sino su sustancia. Componente tipo, por lo tanto, sólo puede ser el conocimiento y la voluntad del hecho más la conciencia de la antijuridicidad (*das Wissen und Wollen der Tat und das Unrechtsbewußtsein*)⁴⁷⁴.

En este punto Hardwig se diferencia de Welzel, quien por medio de su teoría finalista había logrado escindir el conocimiento del hecho y voluntad del hecho correspondiente al dolo y ubicado sistemáticamente en el tipo penal de la conciencia de la antijuridicidad que la ubica sistemáticamente en el nivel de la culpabilidad. Para Hardwig, por el contrario, el dolo perteneciente al tipo es un dolo desvalorado. El mismo es en parte componente del tipo y en parte de la culpabilidad. Fundamenta esa doble ubicación del dolo en la afirmación de que la conducta tiene un significado, uno fáctico, social, jurídico, no pudiendo ser separado dichos momentos. Para este autor el suceso es valorado en su conjunto, como totalidad fáctica, social y jurídica. Dicha complejidad de todas las relaciones es el fundamento de la teoría general de la imputación. En la voluntad del hecho está, por tanto, el ámbito del derecho, el tener en cuenta el enfoque de la voluntad en referencia al derecho. Este enfoque pertenece a la relación de culpabilidad, pero como conciencia del hecho pertenece quizás también al tipo⁴⁷⁵. Dicho de otro modo, para Hardwig el dolo es una clase de culpabilidad (*Schuldart*), puesto que dentro de la culpabilidad se examina si el autor ha hecho u omitido intencionalmente algo que es considerado ilícito, con conocimiento del mismo, aunque él podría haberse comportado conforme a derecho. De esta relación de culpabilidad pertenecen al tipo los componentes del

⁴⁷³HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 182-183.

⁴⁷⁴HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 185-186.

⁴⁷⁵HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 181.

conocimiento y voluntad del hecho y la consciencia de la antijuridicidad, mientras ambos, y su capacidad de determinar su voluntad conforme al derecho, representan la relación de culpabilidad, que se deduce del juicio de culpabilidad. El juicio de culpabilidad se relaciona con el comportamiento fáctico, puesto que de ello se expresa que sea culpable (*schuldhaft*)⁴⁷⁶.

En lo que concierne al delito imprudente, Hardwig concibe a la imprudencia como la violación de un deber de cuidado dada la capacidad de determinar su voluntad conforme a derecho. En su esquema, al tipo penal del delito imprudente pertenecen los siguientes componentes: un deber jurídico de cuidado, una conducta que puede ser comparada con ese deber de cuidado y la violación del deber de cuidado⁴⁷⁷.

La estructura del delito imprudente refuerza su postura acerca de la existencia de un tipo total de injusto, dado que en el tipo del delito imprudente no resulta posible distinguir entre el tipo y la antijuridicidad. El concepto de imprudencia ya contiene como componente descriptivo la violación de un deber jurídico, justamente la violación del deber de cuidado. En la medida en que no se puede describir una conducta imprudente de otra manera que no sea como una violación de un deber de cuidado, la división entre una descripción del hecho (tipo penal) y la antijuridicidad no es posible⁴⁷⁸.

También resulta dificultoso diferenciar en la imprudencia los momentos pertenecientes a la antijuridicidad y a la culpabilidad respectivamente. El deber de cuidado reza “emplea todas tus capacidades y fuerzas a fin de (*um zu*)...”. En primer lugar, en ese “a fin de” se dividen los caminos de los dos modos de imprudencia. En el fondo no se puede distinguir para nada entre capacidades y fuerzas objetivas y subjetivas. En este punto Hardwig sigue la tradición y una necesidad cierta de diferenciar entre antijuridicidad y culpabilidad cuando efectúa la separación, incluyendo la capacidad concreta-individual de ese autor de determinar su voluntad conforme a derecho, o sea las capacidades de comprensión y voluntad concreta-individuales en la culpabilidad⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 196-197.

⁴⁷⁷Fahrlässigkeit ist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht bei Gegebenheit der Fähigkeit, seiner Willen dem Recht gemäß zu bestimmen. HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 197.

⁴⁷⁸HARDWIG, Werner: Ob. Cit., p. 197.

⁴⁷⁹HARDWIG, Werner: Ob. Cit., pp. 197-198.

4. Resumen.

- La teoría general de la imputación debe comprender la totalidad del sistema jurídico penal. Esta teoría debe constituirse en el núcleo del sistema jurídico-penal.
- El derecho, en cuanto norma de determinación, se dirige a la generalidad, constituyendo ésta su función primaria. El derecho prohíbe u ordena determinados modos de comportamiento humano. Pero al hombre simplemente se le puede ordenar o prohibir aquello sobre lo cual tiene influencia. El derecho sólo puede ordenar o prohibir modos de conductas que dependan del poder y voluntad del hombre.
- Hardwig rechaza el dogma causal como fundamento de la atribución del resultado. Éste no es en sí mismo el efecto jurídico considerado como “antijurídico”. Contrario al deber jurídico sólo puede ser una conducta, sea ésta una acción o una omisión. Lo causado es siempre un suceso que, como tal, no es en sí idóneo para ser atribuido a un sujeto como su obra o para imputárselo como carga. Para que sea viable la atribución se requiere que la causación se haya producido mediante una conducta contraria a un deber jurídico.
- El cumplimiento objetivo de un deber jurídico presupone dos partes: la posibilidad objetiva de determinarse conforme al derecho y la dominabilidad objetiva de los sucesos causales.
- Hardwig reconoce dos niveles diferenciados de imputación que se llevan a cabo a través de diversos juicios, ellos son: la imputación de la antijuridicidad y la imputación de la culpabilidad
- El ilícito existe cuando se ha lesionado una norma de determinación, cuya lesión era en principio posible evitar. Cuando un deber jurídico es perseguible para alguien concreto-general (objetivo). Lo antijurídico e imputable a la antijuridicidad es el efectivo no cumplimiento del deber.
- En los delitos de resultado, la imputación de éste procede en la medida en que se den las siguientes relaciones: debe existir un modo de comportamiento positivo, la conducta debe ser contraria al deber, la conducta debe haber causado un resultado y el resultado tiene que deberse a la contrariedad al deber.

- El segundo nivel de imputación corresponde a la imputación a la culpabilidad. Este juicio recae sobre la misma norma de valoración y de determinación quebrantada por el sujeto de derecho pero no ya desde una perspectiva general-objetiva, sino de una manera concreta-individual o subjetiva. La culpabilidad existe, luego, cuando el sujeto del suceso antijurídico hubiese podido querer evitar o eludir.
- La imputabilidad pertenece a la imputación a la culpabilidad y no a la antijuridicidad. La imputabilidad es un juicio general sobre las capacidades personales del obligado de determinar su conducta conforme al derecho. A la imputación a la culpabilidad pertenece también la concreta capacidad de culpabilidad que sólo en la situación en concreto puede ser afirmada o negada. La capacidad de culpabilidad se descompone en “capacidad de culpabilidad general-individual”, que es idéntica a la capacidad de imputación o imputabilidad, y “capacidad de culpabilidad concreta-individual”.
- La cuestión acerca de si el delincuente quiere o no quebrantar el derecho, es poco significativa aquí. Es suficiente que él sepa que su conducta quebranta el derecho. Luego, es para el derecho también querida (dolo). En el juzgamiento de los delitos imprudentes, por el contrario, debe ser primeramente constatado si el autor pudo comprender de modo total el alcance de su conducta.
- De ningún modo es posible considerar el sentido de la imputación de una lineal-progresivo-retrospectivo, como lo es el de la causalidad. A través del concepto de imputación es razonable asociar otro modo de reflexión, que Hardwig lo imagina gráficamente como un círculo con tres puntos en los que están unidos en relación recíproca el “derecho”, el “sujeto de derecho” y el “suceso jurídico”. Estos tres puntos constituyen un sistema complejo de referencia de carácter cerrado. En esta complejidad, el concepto de imputación significa la producción formal de esas relaciones.
- La teoría de la imputación conlleva a la admisión de una estructura bimembre del delito compuesta por el ilícito y la culpabilidad.
- Respecto a la relación entre tipo y antijuridicidad, no existe una relación indiciaria entre ambos, sólo existe un tipo de ilícito en el cual la antijuridicidad es una característica necesaria del tipo.

- En esta estructura, dolo e imprudencia son conceptos complejos que contienen algunos momentos pertenecientes al tipo penal, mientras todos los momentos juntos resuelven la culpabilidad. Componente tipo, por lo tanto, sólo puede ser el conocimiento y la voluntad del hecho más la conciencia de la antijuridicidad, quedando fuera de dicho concepto la capacidad de culpabilidad.
- Al tipo penal del delito imprudente pertenecen los siguientes componentes: un deber jurídico de cuidado, una conducta que puede ser comparada con ese deber de cuidado y la violación del deber de cuidado. Las capacidades de comprensión y voluntad concreta-individuales se incluyen en la culpabilidad.

CAPÍTULO IV: La teoría de la imputación de Joachim Hruschka.

1. Introducción.

Joachim Hruschka es un seguidor del concepto de imputación propuesto por Immanuel Kant. A través de su filosofía del derecho, desde posturas neokantianas, concibe al derecho en cuanto objeto (*Gegenstand*) de análisis bajo el modo de contemplación moral (*moralische Betrachtungsweise*), rechazando toda explicación naturalística del fenómeno normativo.

Este autor considera que la actual dogmática jurídico-penal no constituye una teoría coordinada, articulada y comprensiva⁴⁸⁰. No obstante, el derecho penal debe aspirar a tal finalidad. Para ello debe construir sistemas de casos y establecer las condiciones de racionalidad de las propuestas de solución de los problemas que siguen vigentes. Se debe axiomatizar la doctrina general del delito y expresarla en una doctrina cerrada, libre de contradicciones, y que incluya todos los aspectos parciales, manteniendo los axiomas entre sí lo más independiente que sea posible⁴⁸¹.

En el modelo de derecho penal propuesto por este filósofo del derecho y penalista, el concepto de “imputación” (*Zurechnung*) se erige como la categoría fundamental de la teoría por él propuesta. De este modo, considera que conceptos tales como “acción”, “libertad” y culpabilidad” no pueden ser suficientemente comprendidos sin referencia al concepto de imputación ni en sí, ni en su relación recíproca⁴⁸². Hruschka comparte un concepto de imputación que podríamos denominarlo “amplio” o “global”, puesto que la totalidad de niveles que componen la teoría del delito se reducen en su esquema a un concepto de imputación subdividido en dos niveles, a saber: la imputación al hecho (*imputatio facti*) y la imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*).

⁴⁸⁰HRUSCHKA, Joachim: „Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?“ en „Juristenzeitung“, herausgegeben von Hans Erich Brandner, Berhard Großfeld, Christian Starck, Rolf Stürner und Ulrich Weber, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1985, p. 2. HRUSCHKA sostiene que cuando una regulación es cuestionable, lo correcto es criticarla y proponer su sustitución, en lugar de aparentar que sigue siendo la regulación deseable y que el resultado pretendido puede obtenerse a través de una interpretación más o menos correcta. HRUSCHKA, Joachim: „Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil“, 2. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1988, p. XIX.

⁴⁸¹HRUSCHKA, Joachim: JZ (1985), p. 8.

⁴⁸²HRUSCHKA, Joachim: *Strukturen der Zurechnung*, p. 3.

2. La imputación como posibilidad de seguir una regla.

Hruschka sostiene que desde el punto de vista epistemológico un determinado fenómeno, sea un movimiento corporal o un sonido, puede ser contemplado en función de dos diversas modalidades del pensamiento. Dichas modalidades de contemplación son la natural (*naturalische Betrachtungsweise*) y la moral (*moralische Betrachtungsweise*). Ellas constituyen posibilidades del pensamiento, y la adopción de una u otra posibilidad no está establecida en función del criterio de la verdad (*Wahrheit*) sino en función del de la exactitud (*Richtigkeit*)⁴⁸³.

Este autor sostiene la modalidad de contemplación natural. Aunque puede ser en sí absolutamente concluyente, a pesar de ello, presupone el modo de contemplación moral, puesto que siempre el mundo es contemplado de “manera natural” por sujetos, y, sin sujetos que contemplen naturalmente al mundo, no sería posible la modalidad de contemplación natural. En el modo de contemplación moral el sujeto reflexiona sobre sí y en la comunidad de sujetos en la que se encuentra, y es en esta comunidad de estos sujetos que contemplan el mundo de manera natural⁴⁸⁴.

Hruschka considera que toda conducta humana, toda acción, sea un movimiento corporal o un sonido, puede ser definida como el seguimiento de una regla (*Handlung ist Regelanwendung!*). En todas nuestras conductas aplicamos reglas⁴⁸⁵, toda nuestra conducta, incluido nuestro idioma, sólo se puede comprender (*verstehen*) como la observancia cierta por la conducta de reglas predefinidas⁴⁸⁶. Al respecto sostiene:

“Definimos un suceso –un movimiento corporal, un sonido– como acción, siempre y cuando aceptamos que ese sujeto en ese suceso aplica una regla”⁴⁸⁷.

Con la aceptación de que un determinado movimiento que un cuerpo humano ha llevado a cabo constituye una acción, presupongo luego que ese cuerpo humano representa un sujeto.

⁴⁸³HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 9.

⁴⁸⁴HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 9.

⁴⁸⁵Aunque HRUSCHKA no lo cite, existe una muy estrecha relación entre su concepto de acción y el sostenido por Peter WINCH de “seguimiento de una regla” analizado en el capítulo II.

⁴⁸⁶También en las actividades sin propósito seguimos reglas, en los silbidos desafortunados entre otras cosas importa la regla de la melodía de la canción. HRUSCHKA, Joachim: SZ, pp. 12.

⁴⁸⁷Wir begreifen einen Vorgang – eine Körperbewegung, einen Laut –als Handlung, wenn und weil wir annehmen, daß ein Subjekt in diesem Vorgang eine Regel anwendet. HRUSCHKA, Joachim: SZ, pp. 12-13.

Con ello he reconocido a ese ser humano como “sujeto”, exactamente: como co-sujeto, como de igual modo a mí mismo me corresponde el carácter de sujeto⁴⁸⁸.

Además de la aplicación de una regla como condición de la imputación, Hruschka considera que para poder imputar el suceso como acción se requiere que el sujeto aplique reglas específicas, es decir, un específico grupo de reglas o un sistema específico de reglas al que este autor denomina bajo la sigla *Rx*. Si no puedo describir las reglas aplicadas de alguna manera detallada, luego no se puede admitir que el suceso sea una acción⁴⁸⁹.

Pero más allá de la aplicación de *Rx*, la imputación de un suceso como aplicación de *Rx* incluye también la aceptación de que son satisfechas las condiciones internas de una observancia de *Rx*, esto es, que el autor tenga conciencia de la realización de *Rx*. En términos de Hruschka: “ningún seguimiento de la regla sin conciencia del seguimiento de la regla!”⁴⁹⁰ La conciencia del seguimiento de la regla implica la cognoscibilidad (*Wißbarkeit*) de dicho seguimiento. Si el sujeto actuante no puede conocer el carácter lesivo de su conducta, el hecho no puede serle imputado⁴⁹¹. Según este autor, la voluntad de seguimiento de la regla está unida con la conciencia del seguimiento de la regla, y ambas son idénticas. Con la admisión que el sujeto actuante realiza conscientemente *Rx*, de ahí aceptamos también que el sujeto también quiere el seguimiento⁴⁹².

3. La imputación: acto declarativo en el ámbito de una comunidad de sujetos.

Hruschka considera que en todas las reglas pensables es posible distinguir si ellas únicamente atañen al sujeto particular o si, por el contrario, conciernen a una comunidad de sujetos, y en

⁴⁸⁸HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 7.

⁴⁸⁹HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 19. En sentido similar se pronuncia Peter WINCH cuando sostiene “solo en una situación en la que tiene sentido suponer que alguien más puede, en principio, descubrir la regla que estoy siguiendo, es posible decir inteligiblemente que estoy, de algún modo, siguiendo una regla”. WINCH, Peter: *Ciencia social y filosofía*, p. 34.

⁴⁹⁰Keine Regelanwendung ohne Bewußtsein der Regelanwendung! HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 25.

⁴⁹¹HRUSCHKA cita los ejemplos de quien administra a su víctima un té envenenado, sin poder saber que el té está envenenado, no sabe por sí mismo el carácter lesivo de su acción, aun cuando él cree (verdaderamente) que él té es un medio apropiado para el homicidio. O cuando el médico que administra a su paciente un medicamento perjudicial cuya peligrosidad no conoce y en la situación concreta tampoco puede conocer, no comete ninguna acción lesiva. HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 28.

⁴⁹²HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 25.

estas últimas si ellas son constitutivas de la comunidad o no⁴⁹³. El no seguimiento de reglas constitutivas de la sociedad por parte de un co-sujeto (a pesar de la indicación de su seguimiento) es reconocida como una auto-exclusión de aquel de la comunidad. Quien no sigue las reglas fundamentales de la sociedad, mientras él insista en la contradicción, no pertenece o no pertenece más a esa comunidad⁴⁹⁴.

Por su parte, la imputación es para este autor nada más que un acto declarativo que constata la propia exclusión efectuada, y no por ejemplo la “pena” que impone la sociedad, ni tampoco la “venganza” que es practicada en ella. La auto-exclusión de la comunidad, por causa del no seguimiento de las reglas constitutivas de la misma, tiene lugar independientemente del hecho de que el no seguimiento de esas reglas sea reprochable o no⁴⁹⁵.

4. Imputación y libertad.

La imputación (*Zurechnung*) es un juicio que los sujetos emiten, atribuyen. Imputación significa que no contemplamos la acción imputada como eslabón de una cadena causal sino como nuevo comienzo. A partir de la imputación de sucesos físicos podemos “comprender” (*verstehen*) o “comprender mal” (*missverstehen*) la acción de un sujeto. Siempre que se contemple una acción o la omisión de una (específica) acción, dicha acción que percibimos es el producto de una imputación hecha por nosotros. Mediante la imputación de acciones, los individuos se reconocen como libres. No hay en ello ficción alguna. La aceptación de tal libertad es una condición de posibilidad de racionalidad que aceptamos para nosotros mismos.⁴⁹⁶

Por ello, para imputar se requiere de libertad, una libertad “originante”, causante, en el sentido de la expresión *causa libera*. La imputación se hace posible en la medida en que interrumpe el

⁴⁹³Cada comunidad de sujetos es ya por este motivo comunidad, porque valen para los sujetos de la comunidad determinadas reglas en común. Esto vale para cada comunidad, para la comunidad jurídica, para la comunidad moral de sujetos actuantes, que podemos llamar “comunidad moral”, pero también para un montón de otras comunidades distintas, por ejemplo para una comunidad de interlocutores, para una comunidad idiomática o para una comunidad de jugadores de ajedrez. HRUSCHKA, Joachim: SZ, pp. 50-51

⁴⁹⁴HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 51.

⁴⁹⁵HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 52.

⁴⁹⁶HRUSCHKA, Joachim: „Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Band 110., herausgegeben von Manfred Brugstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Heinz Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz, Kaus Tiedemann und Thomas Weingerd, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1998, p. 585.

proceso causal y escoge, entre la multiplicidad de causas, aquella que da origen al suceso. Al respecto, Hruschka señala:

“Ciertamente, si entendemos realmente a un proceso como acción (...) no es el aspecto final lo que más importa de la acción humana. Las acciones son consideradas tales, más que a través del *nexus finalis*, a través de la libertad de que actúa —como expresó igualmente Platner—. La libertad, según él, se halla en contraposición a la necesidad de la naturaleza. (...) Necesidad física o de la naturaleza es la dependencia de un proceso —del ‘efecto’— respecto de la suma de condiciones iniciales, lo que constituye la ‘causa’, y dicha suma de condiciones iniciales produce ciertamente el proceso —el efecto— conforme a las leyes de la ciencia de la naturaleza. Por el contrario, la libertad es la independencia de un proceso —de una acción— respecto de la suma de condiciones iniciales precedentes, esto es, la independencia del que actúa respecto de los impulsos que lo determinan”⁴⁹⁷.

El concepto de libertad acuñado por Hruschka remite a la distinción efectuada por Kant entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon*, que fue desarrollada cuando abordamos el concepto de libertad según Kant. Según esta dualidad de esferas, el hombre es libre y su libertad es dada por supuesta, no pudiendo ser comprobada en la experiencia. Por el contrario, si agente está sometido a una causalidad física, se halla sometido a la naturaleza y su libertad no puede ser afirmada.

5. Reglas de conductas y reglas de imputación.

Desde la teoría del Derecho planteada por Joachim Hruschka resulta primordial la distinción entre dos clases de normas. A saber, entre reglas de conducta y reglas de imputación.

Las reglas de conducta están compuestas por un sistema de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones⁴⁹⁸. Las mismas tienen, a su vez, una doble dimensión o función. En su dimensión “prospectiva”, dicen qué acciones del respectivo sistema de reglas hay que entender como prescriptas, prohibidas, (relativamente) permitidas y (relativamente)

⁴⁹⁷HRUSCHKA, Joachim: ZStW 110, pp. 582-583.

⁴⁹⁸Conforme al hexágono deontológico, HRUSCHKA considera a las eximentes como la oposición de contravalencia (excepciones) de las prescripciones así como las permisiones lo son respecto de las prohibiciones. HRUSCHKA, Joachim: „Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz“ en „Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer“, herausgegeben von Rüdiger Krause, Wilfried Veelken und Kalus Vieweg, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp 780-784.

eximidas⁴⁹⁹. Destinatarios de este tipo de normas son los ciudadanos sometidos a ellas. Este tipo de reglas otorga al destinatario pautas de comportamiento en función de la configuración de sus acciones futuras, puesto que ellas no son meras descripciones sino, por el contrario, mensajes normativos, deónticos. Como pautas para la conducta del sujeto, las normas presuponen que las mismas ‘pueden’ seguirse, es decir, que no son de cumplimiento necesario sino contingente.⁵⁰⁰

Las normas de conducta también cumplen una función “retrospectiva” (*applicatio legis ad factum*), y así las respectivas prohibiciones, mandatos y excepciones (de las prescripciones y mandatos) se encuentran asociadas respectivamente, en esta dimensión, a los correspondientes tipos comisivos, tipos omisivos, tipos eximentes y tipos de justificación. Destinatario de esta clase de normas es el juez. Las normas de conducta en esta dimensión sirven como baremo de medición de lo actuado por el sujeto. El derecho Penal, en cuanto derecho sancionatorio, se interesa por las conductas que quedan por debajo de lo exigido por la norma (juicio de demérito).

La dimensión prospectiva y la retrospectiva constituyen un conjunto, son las dos caras de una misma moneda, y no pueden ser pensadas la una sin la otra. Además, como consecuencia lógica de dichas funciones, las normas de conducta posibilitan imputar, es decir, atribuir responsabilidad.

Paralelamente existe otro sistema de reglas compuesto por normas de imputación. Ellas forman parte de un sistema de reglas propio⁵⁰¹, diferente al de las reglas antes analizadas, aunque ambos tipos de normas se encuentran relacionados de manera lógica⁵⁰². Las reglas de

⁴⁹⁹HRUSCHKA, Joachim: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, p. 5.

⁵⁰⁰SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Imputación y teoría del delito*, p. 391.

⁵⁰¹En sentido contrario se manifiesta REINHOLD quien sostiene que la regla de imputación es el sentido formal y material de la norma, cuya aplicación ella posibilita; ella es su sentido y su sensor y, por lo tanto, nada que se pueda comprender como algo independiente opuesto a la norma. Dicho en otros términos, las concretas (reales) reglas de imputación no son separables de las normas jurídico-penales cuya aplicación ellas posibilitan. REINHOLD, Joachim: *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, 1. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2009, p. 117.

⁵⁰²HRUSCHKA sostiene que hay razones para sustentar que los siguientes tres juicios, a saber, el juicio de imputación de primer nivel (esto es la imputación de un suceso o su ausencia como realización u omisión de una acción), el juicio de antijuridicidad y el juicio de imputación de segundo nivel (esto es, la imputación de un hecho a la culpabilidad) serían comparables a las dimensiones del espacio euclidiano – una comparación que seguramente requiere precisión y que de ninguna manera puede exagerarse. En todo caso, resulta que el juicio de

imputación⁵⁰³ presuponen lógicamente la existencia de una regla de conducta dirigida al destinatario y que la misma sea percibida como tal por éste (función prospectiva).

Destinatario de esta clase de reglas es siempre el juez (sujeto imputante) y ellas operan solamente en una dimensión retrospectiva. Como consecuencia de los juicios de adscripción podemos denominar a los sucesos como “hechos” y atribuirlos a su destinatario como reprochables, como meritorios o simplemente considerarlos como “debidos”.

Existen dos niveles de imputación. En el primero de ellos, conocido como *imputatio facti* (imputación de primer nivel), se atribuye un suceso como obra de un sujeto (como “hecho”). Por su parte, la *imputatio iuris* (imputación de segundo nivel) se produce una vez efectuada la *applicatio legis ad factum*. Este juicio de adscripción, que presupone los dos juicios anteriores, permite atribuir el hecho como mérito (si el obrar u omitir del artífice rebasa lo exigido) o bien como culpable (en caso de obrar u omitir antijurídico). El derecho penal, en tanto derecho sancionatorio, se centra en este segundo grupo de casos. Como se observa, la *imputatio facti* y la *imputatio iuris* son dos operaciones distintas: ambos son juicios de imputación pero su objeto es distinto.

6. Los pasos de la imputación.

Una vez analizadas las diversas clases de reglas, es necesario analizar cómo las mismas se proyectan dentro de la teoría de la imputación.

imputación de segundo nivel, por una parte, presupone y, por otra implica, el juicio de antijuridicidad, como también este presupone e implica el juicio de imputación de primer nivel; de forma similar a como el concepto de espacio presupone, por una parte, y, por otra, implica, el de plano, que presupone e implica el de línea. En HRUSCHKA, Joachim: „Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?“, p. 3.

⁵⁰³GÜNTHER, analizando el sistema de HRUSCHKA de manera crítica, sostiene que en el primer nivel de la imputación la libertad debe ya ser presupuesta en el sentido de poder actuar de otro modo, cuando una consecuencia de la conducta debe ser caracterizable como un actuar a diferencia de un suceso físico. Sólo después que ha sido imputada una acción a un acto, puede ser medida su conformidad a derecho o su antijuridicidad en la regla de una norma de comportamiento que prohíbe, prescribe o permite esa acción. En el segundo nivel de la imputación la antijuridicidad de la acción del actor es imputada a la culpabilidad. Simultáneamente, el actor debe ser nuevamente presupuesto como persona libre. Sólo entonces es fundado el juicio, que el actor ha tenido a pesar de su motivación de realizar lo prohibido con la consciencia de la antijuridicidad, también un motivo para omitir la acción prohibida. Así entendidas, las reglas de imputación del primer y segundo nivel implican un concepto formal de libertad que, cada una de ellas, también parece ser compatible con una norma de conducta ilegítima. GÜNTHER, Klaus: „Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat“ en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 144-145.

6.1. La *imputatio facti* (imputación de primer nivel).

El primer nivel de imputación, también conocido como imputación del hecho, es un juicio de adscripción por el cual un suceso, es decir, un proceso entendido como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, es considerado como “hecho” (*Tat*) y el sujeto actuante u omitente como su artífice (*Urheber*)⁵⁰⁴.

Tal como se mencionó *supra*, para este juicio es necesaria una libertad originante en el sujeto que se presenta en la medida en que el fenómeno sea controlable, constituyéndose así en su *causa libera*. Ésta permite identificar al *Urheber* como origen–radical superando la sucesión causal hasta el infinito, situando el inicio del suceso en el agente. El sujeto solamente es artífice en la medida en que, al controlar el suceso, actualice sus conocimientos. Él goza de la posibilidad de predecir lo que se desencadena y efectivamente ejerce ese control (o prescinde del mismo en caso de la omisión). Es decir, se trata de un proceso humano racional en cuanto es susceptible de autocontrol⁵⁰⁵.

Como se ha apuntado antes, la imputación de primer nivel requiere que se dé el conocimiento de las circunstancias en las que se actúa y la posibilidad de dominio de las mismas. Sin embargo, puede suceder que en el caso en concreto no se presente dicho control, o bien, que falte el conocimiento de la situación. El desconocimiento (*Unkenntnis*) o la incapacidad (*Unvermögen*) con respecto a todas las reglas posibles eliminan la libertad de actuar sin más. Luego, consideramos el cuestionado movimiento corporal sólo desde una perspectiva naturalista y, por lo tanto, no lo imputamos como acción⁵⁰⁶.

Hruschka enuncia tres principios en los que opera la exclusión de la *imputatio facti*, a saber:
a) “respecto de lo imposible no puede haber imputación alguna” (*Impossibilium nulla est*

⁵⁰⁴Kant emplea el término *Urheber* utilizado con anterioridad por filósofos racionalistas como Pufendorf o Wolff. Dicho concepto designa al autor, más específicamente, «el artífice». El término *Urheber* no tiene un significado peyorativo, es neutro y, por lo tanto, distinto de *Thäter*, que sí posee un significado negativo. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., pp.72-74.

⁵⁰⁵SÁNCHEZ-OSTIZ considera que dicha libertad se da en la medida en que se presenten dos factores, denominados respectivamente “simultaneidad” y “referencia”. En lo referente al primer concepto, entiende que representación y modificación de la situación coinciden al menos durante un mismo momento relevante. Es decir, solamente el proceso se puede considerar “hecho” en la medida en que los conocimientos del suceso se hallen presentes, al menos parcialmente, al momento de dirigir el proceso. En cuanto a la referencia, considera que la modificación de la realidad en que se ve inmerso el artífice es el objeto de su conocimiento o representación. Esto es, el conocimiento del *Urheber* recae sobre el curso del proceso que él mismo desarrolla. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p.407.

⁵⁰⁶HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 41.

imputatio), se presenta cuando el supuesto autor se encuentra en una situación en que la ejecución de la acción le era físicamente imposible; b) “respecto de lo necesario no puede haber imputación alguna” (*necessarium nulla est imputatio*), es una extensión del primero para los casos de necesidad física. En estos casos el autor se encuentra bajo la influencia de una necesidad física (*vis absoluta*); c) “respecto de lo que el sujeto no ha conocido no puede haber imputación alguna” (*ignotum nulla est imputatio*); el autor virtual no ha tenido conocimiento de la situación relevante. Aquí estamos ante el supuesto de falta de dolo (*ignorantia facti*)⁵⁰⁷.

6.2. La *applicatio legis ad factum* (aplicación de la ley al hecho).

La imputación de un suceso como acción (*imputatio facti*) es condición necesaria para una valoración de ese suceso, sea la crítica, pues, positiva o negativa⁵⁰⁸. Sólo es posible criticar cuando admito al suceso como acción, o sea como acción específica. Para Hruschka, valorar un fenómeno significa medirlo con una o más reglas; la crítica, por tanto, afirma que el suceso es conforme o no a la regla⁵⁰⁹.

Así como la *imputatio facti* supone la aplicación de *Rx*, en la crítica el sujeto imputante presupone nuevamente una regla, a saber, la regla con la cual mido la acción. Esa regla puede ser exactamente la misma regla que presupongo cumplida, siempre y cuando acepto que ese suceso es una acción. Pero, aclara Hruschka que no necesariamente es así; el sujeto imputante puede valorar una acción según otras reglas u otro sistema de reglas. En la admisión del suceso como acción, el sujeto imputante ha colocado el suceso como principio confrontable con cualquier norma⁵¹⁰.

Atribuido el “hecho” a su artífice, entra en consideración esta nueva operación, que intermedia entre ambas imputaciones. La misma no es un juicio de adscripción y es conocida como *applicatio legis ad factum* (aplicación de la ley al hecho). Ella consiste en una valoración de la conducta del sujeto en relación con la regla de conducta que funciona como baremo de medición. Juzgar si el hecho imputado (en el primer nivel) es antijurídico no es

⁵⁰⁷HRUSCHKA, Joachim: „Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln“, pp. 454-455.

⁵⁰⁸Constantemente valoramos las conductas de otras personas como positivas o negativas según cuales sean las reglas que funcionen como baremo (que rijan). Así, alabanza y reproche son juicios de imputación entre los que fluye nuestra valoración. HRUSCHKA, Joachim: *Imputación y Derecho penal*, p. 5.

⁵⁰⁹HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 30.

⁵¹⁰HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 36.

ningún juicio de imputación, sino expresión de que el hecho no concuerda con el sistema vigente de reglas de comportamiento del que se parte.

En la aplicación de la ley al hecho el juez determina retrospectivamente si el sujeto se ha ajustado o no a lo dispuesto por la norma⁵¹¹. En caso de que la ajuste a la norma quedará como un simple “hecho” (“lo debido”).

Entre imputación de primer nivel, *applicatio legis ad factum*, e imputación de segundo nivel, existe una relación de implicación. De manera que la aplicación de la ley al hecho necesariamente presupone la imputación del hecho al artífice, así como la imputación a título de demérito (o mérito) presupone que se ha dado la actividad de valoración de la conducta.

6.3. La *imputatio iuris* (imputación de segundo nivel).

Una vez valorada la conducta como no adecuada a la norma, se procede a realizar un nuevo juicio de imputación que recaerá sobre el merecimiento del hecho. Tal como he señalado precedentemente, en el ámbito del Derecho Penal el segundo juicio de imputación es el correspondiente al reproche. Imputación de segundo nivel en el ámbito del Derecho Penal es imputación del hecho antijurídico a la culpabilidad.

También este juicio, al igual que el primero, necesariamente requiere que el artífice haya actuado libremente. La *imputatio iuris* es un juicio por el cual se considera que el *Urheber* con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o bien para realizar la acción ordenada y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber⁵¹².

⁵¹¹Conforme al hexágono deontológico, entre prohibiciones y prescripciones media una relación de oposición contraria o de exclusión en la medida en que ambos términos no pueden ser correctos a la vez pero puede darse la situación inversa, es decir, que ambos sean incorrectos. De existir esta relación, la conducta será (absolutamente) permitida. Entre permisón y prohibición, al igual que entre exención y prescripción, media una relación lógica de oposición contradictoria o de contravalencia dado que ambos términos no pueden ser correctos a la vez ni incorrectos a la vez. Al menos uno de ellos es siempre correcto. A partir de esta dualidad es posible identificar dos maneras de referirse a lo permitido, a saber: lo absolutamente permitido (oposición contraria entre prohibiciones y prescripciones) y lo relativamente permitido (relación contradictoria entre permisiones y prohibiciones y entre eximentes y prescripciones). Como consecuencia de estas relaciones lógicas se comprueba que no es posible asimilar lo atípico (absolutamente permitido) con lo permitido en casos excepcionales (ámbito de las causas de justificación y de eximición). En HRUSCHKA, Joachim: „Wieso ist eigentlich die ‚eigenschränkte Schuldtheorie‘ ‚eigenschränkt‘? – Abschied von einem Meinungsstreit“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, 1. Auslage, herausgegeben von Bernd Schünemman. Wilfried Botke, Hans-Joachim Rudolphi, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 2001, pp. 451-454.

⁵¹²HRUSCHKA, Joachim: Rechtstheorie, p. 455.

Por ello, no es posible proceder a imputar el hecho como culpable cuando el agente ignoraba la regla en cuestión o se encontraba en una situación que le impedía cumplir lo dispuesto por ella. Conforme a este autor, sólo podemos disculpar la acción contraria al derecho que el sujeto ha cometido en caso de un desconocimiento de las reglas no-imputable decisivas o en el de una incapacidad de observancia de la regla no-imputable a su persona. Como sostiene Hruschka, cuando contemplamos una acción jurídicamente anómala o moralmente como “no libre”, la disculpamos, y luego, siempre que la disculpamos, la contemplamos como no libre⁵¹³.

La imputación de segundo nivel es un juicio de carácter constitutivo, no constatamos lo que sucede en la mente del sujeto sino que la actividad consiste en dirigir al artífice un reproche por su hecho. Los datos aportados en esta materia por las ciencias de la naturaleza no se constituyen en el fundamento de la culpabilidad sino que, por el contrario, lo son de su exclusión al aportar buenas razones para dejar de lado el juicio de imputación.

Para el caso de que el sujeto no obre de manera libre, Hruschka establece un paralelismo con la *imputatio facti* con los mismos principios de exclusión de la imputación. Ellos son: a) *ignoratorum nulla est imputatio*, en tanto aplicando este principio no se imputan las ausencias de conocimiento de la antijuridicidad, es decir, el error de prohibición o de prescripción, como también ciertas enfermedades o trastornos mentales que imposibilitan acceder al conocimiento de la norma (*ignorantia iuris*); b) *impossibilium necessariorum nulla est imputatio*, que permite eximir de reproche, entre otras circunstancias, cuando el autor actúa antijurídicamente en una situación de necesidad (*vis moralis*)⁵¹⁴. Se trata de la realización de hechos en la cual el autor se encuentra en una situación de necesidad que ni excluye la acción ni su antijuridicidad y, a pesar de ello, el Derecho le concede relevancia.

7. Imputación ordinaria e imputación extraordinaria (*ordentliche und außerordentliche Zurechnung*).

Además de dos niveles de imputación, existen dos formas de imputación. La imputación puede ser ordinaria, esto es, que permite enlazar dos términos como consecuencia lógica el uno del otro, o bien extraordinaria. Ésta última posibilita imputar a pesar de no darse los

⁵¹³HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 40.

⁵¹⁴HRUSCHKA, Joachim: Rechtstheorie, p. 456.

elementos que fundamentan la imputación ordinaria⁵¹⁵. En consecuencia, una imputación extraordinaria tiene lugar cuando el sucedáneo (*Surrogat*) es tratado como suficiente sustitución para el faltante elemento constitutivo del delito⁵¹⁶.

La regla general es que la imputación, sea de primer o de segundo nivel, se interrumpe cuando concurre alguna razón que excluye la imputación ordinaria. La excepción consiste en que, a pesar de darse una razón para excluir la imputación ordinaria del hecho, se imputa de forma extraordinaria; y ello es porque la persona involucrada en la situación es responsable de las razones que excluyen la imputación. El suceso será atribuido al agente y reprochado el mismo no en razón de la infracción de una regla sino porque el sujeto obra en contra de lo que le incumbía. Las incumbencias (*Obliegenheiten*) se presentan como fuentes de pautas de comportamientos que no llegan a ser reglas de actuar pero las posibilitan.⁵¹⁷

Hruschka sostiene que las reconocidas estructuras de la imputación toman esa provocación imputable del desconocimiento o de la incapacidad no como la lesión violación de un deber, sino como la violación de una incumbencia (*Obliegenheitsverletzung*), porque ellas no exigen, en todo caso no exigen de manera absoluta, mantenerse en conocimiento de las normas determinantes, y no prohíben colocarse en la situación incapaz de cumplimiento, sino ya no hacer simplemente nada como para comprobar la imputabilidad de acciones antijurídicas por desconocimiento imputable o por incapacidad imputable. Sólo si ellas estatuyeran una prohibición incondicional resultaría de ellas un deber; sólo sería exigido limitadamente a través de él, de mantener la libertad de la observancia de la regla que es aconsejable para hacer, y eso es una incumbencia⁵¹⁸. Las incumbencias resultan de imperativos hipotéticos, no

⁵¹⁵En la imputación ordinaria aplicamos reglas de carácter consecutivo dado que permiten enlazar dos términos como consecuencia lógica; uno de los términos es consecuencia del otro. Se da en la medida en que el hecho requiera una *causa libera*. Por su parte, la imputación extraordinaria recurre a reglas de carácter adversativo. Las mismas admiten imputar a pesar de no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa, es decir, consecutiva. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 35.

⁵¹⁶NEUMANN, Ulfrid: „Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zum Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit“, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 99. Band, herausgegeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Keiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Lefferenz, Heinz Müller-Dietz und Claus Roxin, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1987, pp. 582-583.

⁵¹⁷Para SÁNCHEZ-OSTIZ, la incumbencia no es un deber cuya infracción exige dolo por parte del agente. Recurre a esta idea para evitar la asimilación de estos casos con la infracción de un deber. Considera que al destinatario de la norma le incumbe no sólo adecuar su conducta a la regla específica sino también mantenerse en condición de cumplir, llegado el caso, con lo prescrito o prohibido en el regla en cuestión. Así, junto a los contenidos expresados como deber en la norma (“primarios”), existirían otros contenidos normativos (“secundarios”), cuya finalidad y sentido consisten, precisamente, en posibilitar el cumplimiento de los primarios. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., pp. 540-542.

⁵¹⁸HRUSCHKA, Joachim: SZ, pp. 49-50.

de imperativos categóricos⁵¹⁹. El *actio praecedens* en tanto lesión de la incumbencia no es objeto, sino fundamento de la imputación jurídico-penal; ella sólo justifica el hacer responsable de manera excepcional al autor por su conducta típica, aunque él lo haya perpetrado en una situación de incapacidad de acción⁵²⁰.

En el caso de las incumbencias el autor no lesiona los deberes de respetar la esfera jurídica de otros sino deberes contra sí mismo, cuya lesión acarrea desventajas exclusivamente para consigo mismo. La desventaja yace allí, en que el autor no puede remitirse a la situación ejecutada contraria a la incumbencia, en que el hecho le es reprochado aunque esté excluida una imputación ordinaria según las reglas generales. Las incumbencias no fundamentan el reproche de culpabilidad, sino que sólo bloquean una disculpa del autor⁵²¹.

Respecto al origen de las llamadas incumbencias, éstas se pueden comprender como las implicaciones de la correspondiente orden de la conducta (*Verhaltensanweisung*), a la cual ellas se refieren⁵²². Ellas comprenden la admisión que cada orden de conducta regula su correspondiente ámbito de regulación con la mayor efectividad posible⁵²³. El grado de efectividad se determina no sólo según el grado de realización de su finalidad. De esta manera, la orden “debes prestar primeros auxilios a un herido grave” requiere como tal sólo la ejecución de posibles acciones de primeros auxilios; sin embargo, su finalidad se dirige más allá, a la ampliación del círculo de posibles acciones de primeros auxilios en situaciones de peligro. Esta finalidad será alcanzada a través de la admisión de órdenes secundarias derivada la orden de conducta primaria: en el ejemplo anteriormente dado, a través de la admisión de incumbencias de proporcionarse las capacidades y los medios necesarios de ayuda para la ejecución de los primeros auxilios⁵²⁴.

Hruschka recurre a la distinción hecha por Samuel Pufendorf entre *actio libera in se* (acción libre en sí misma) y *actio libera in causa* (acción libre en su causa). Por su parte, una acción

⁵¹⁹NEUMANN, Ulfid: „Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung“ en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. v. Decker’s Verlag, 1985, p. 392; ZStW 99 (1987), p. 584.

⁵²⁰NEUMANN, Ulfid: GA, p. 392.

⁵²¹NEUMANN, Ulfid: ZStW 99, pp. 583-584.

⁵²²HRUSCHKA, Joachim: SZ, p. 49; „Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit“, en „Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978“ herausgegeben von Arthur Kaufmann, Günter Berman, Detlef Krauss und Klaus Volk, München, Verlag Beck, 1979, p. 426.

⁵²³HRUSCHKA, Joachim: FS-Bockelmann, p. 426.

⁵²⁴Entre órdenes de conducta primaria e incumbencia existe en HRUSCHKA una conexión fundada sistemáticamente, la admisión de incumbencias de órdenes de conductas dadas no se efectúa, por tanto, de manera arbitraria. NEUMANN, Ulfid: GA, p. 395.

que no fue libre, ni considerada en sí misma ni en su causa, no puede ser imputada (*actiones neque in se neque in sua causa liberae*)⁵²⁵.

Así, en el primer juicio de imputación, pese a darse un supuesto *vis absoluta*, se podrá imputar al sujeto si el agente es responsable de su falta de capacidad. Lo mismo ocurre con los supuestos de *ignorantia facti*; en este caso se imputa de manera extraordinaria porque el agente es responsable de su falta de conocimiento. Los casos de *ignorantia facti* imputables de manera extraordinaria al agente no son otra cosa que el universo de los delitos imprudentes.

A su vez, ese paralelismo se puede trazar en la imputación de segundo nivel. Respecto de los casos de *ignorantia iuris*, se van a imputar de manera extraordinaria cuando al sujeto le incumba el conocimiento de la norma. Éstas son las situaciones tratadas por la teoría del delito como de error de prohibición vencible. En los casos de *vis compulsiva*, serán imputados de manera extraordinaria cuando el sujeto sea responsable de su situación de necesidad (casos conocidos por la doctrina como *actio libera in causa*).

8. Implicancias de la doctrina de la imputación en la teoría del delito.

Las condiciones para la atribución de responsabilidad son objeto tanto de la teoría del delito como de la doctrina de la imputación. Lo particular de la teoría del delito es la concreta división en niveles, estratos o categorías sistemáticas con arreglo a los cuales se efectuaría la atribución de responsabilidad.

Cotejando la doctrina antes analizada con la teoría del delito, el esquema propuesto por Hruschka desembocaría en una teoría del delito de estructura bímembre. El primer estadio estaría compuesto por el hecho antijurídico (imputación de primer nivel más aplicación de la norma al hecho) y el segundo por la atribución del hecho a la culpabilidad del autor (imputación de segundo nivel).

El primer nivel de imputación tiene por finalidad comprender un suceso como un “hecho” y atribuirle éste a su artífice. Este primer estadio de imputación no se corresponde con el primer

⁵²⁵HRUSCHKA, Joachim: „Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*“ en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, herausgegeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Lefferenz, Heinz Müller-Dietz und Claus Roxin, 96. Band, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1984, pp. 662-664.

estrato de la teoría del delito, a saber, la acción. Como fue oportunamente explicado, la imputación es un juicio de adscripción, y en él no se constata algo en la realidad (acción) sino que a partir del juicio se afirma que un suceso es un hecho, se instaura una realidad⁵²⁶. Conforme a esta doctrina, no existe una realidad, una acción como dato primigenio y carente de valoración previa al hecho. Todas las energías invertidas por determinadas corrientes de la teoría del delito para distinguir la acción de la omisión se resuelven a partir de la valoración de la actividad o de la omisión en función de la regla de conducta que interviene en cada caso. Hay que resaltar que en este modo de proceder se visualiza una circularidad hermenéutica entre el hecho y la norma, puesto que para considerar el suceso como hecho hay que tener en cuenta la norma que luego será utilizada para valorar ese hecho como debido, meritorio o demeritorio.

El hecho está constituido por el componente cognoscitivo del dolo y el elemento volitivo consistente en el control de lo conocido. El conocimiento de las circunstancias es condición necesaria para que el suceso, en el que se ve inmerso el agente, pueda ser considerado hecho y aquél su artífice. Sólo se considerará “hecho” lo que es humano, susceptible de autocontrol y objeto de conocimiento⁵²⁷.

En este esquema, el dolo es un verdadero elemento configurador del “hecho”. El dolo es un verdadero juicio de imputación (adscripción), no se constata sino que se afirma al considerar un suceso como hecho. Según Hruschka, el agente obra de manera dolosa sólo si se da el caso de que parte de la base de un hecho y de sus circunstancias que colman los presupuestos objetivos de un tipo delictivo, y además si no se da el caso de que parte de la base de las circunstancias que colman los presupuestos objetivos del tipo de una causa de justificación⁵²⁸.

⁵²⁶En sentido similar, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ considera que acción es el acto de comunicación del sujeto. Qué sea acción —qué fenómenos son capaces de sentido— depende del sistema social en el que nos encontremos. En cuanto a la atribución de un sentido concreto a la acción, si bien la causalidad o la finalidad pueden constituir el fundamento de la misma, también hay que reconocer que la asignación de sentido puede provenir, en ausencia de una determinación precisa de ambas, de una adscripción de deberes en función de la posición ocupada por un sujeto en el seno del sistema o, en general, de reglas sociales de imputación. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “Normas y acciones en Derecho penal”, 1ª edición, Buenos Aires edit. Hammurabi, 2003, pp. 63-64. Asimismo, JAKOBS sostiene que no es la naturaleza ni lo ontológico lo determinante en el ámbito del concepto de acción; de lo que se trata aquí es de interpretar la realidad social, de hacerla comprensible en la medida en que esté relacionada con el Derecho Penal. JAKOBS, Günther: “El concepto jurídico-penal de acción” (1992), en “Estudios de Derecho penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, edit. Civitas, 1997, p. 102.

⁵²⁷SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., p. 459.

⁵²⁸HRUSCHKA, Joachim: FS-Roxin z. 70 G., p. 449.

En tanto, la doctrina de la imputación supone adelantar el análisis del dolo al primer juicio de imputación, y se rompe así con la lógica binaria propia de la teoría del delito que considera a la imputación subjetiva un correlato del tipo objetivo.

Los casos de falta de conocimiento (*ignorantia facti*) sólo podrán ser imputados de manera extraordinaria en la medida en que al sujeto le incumba dicho conocimiento. Esta doctrina demuestra la diversa naturaleza que media entre los delitos dolosos y los imprudentes, siendo estos últimos supuestos de imputación extraordinaria⁵²⁹.

Dado que la adscripción del hecho al sujeto requiere no sólo el conocimiento del suceso sino también la capacidad de control, ausente ésta (*vis absoluta*: casos de inconsciencia, movimientos reflejos, fuerza física irresistible) no se podrá proceder a imputar de manera ordinaria aunque, en determinadas circunstancias, solamente se podrá realizar una imputación extraordinaria cuando el sujeto sea responsable de su incapacidad de actuar.

La *applicatio legis ad factum* es el ámbito de valoración (interpretación de los tipos penales).

Para Hruschka:

“los tipos delictivos, junto con la cualificación de que un hecho que colma el tipo sería antijurídico, se hallan en el mismo plano lógico que las reglas de justificación, y no hay un plano de ‘justificación’ que pueda diferenciarse del plano de los tipos delictivos. Si un hecho es o no antijurídico se enjuicia exclusivamente según el sistema de reglas sobre los delitos y las reglas de justificación como un todo y no según preceptos singulares entendidos aisladamente unos de otros (...) las normas facultativas (y permisivas) formulan excepciones a las prohibiciones y prescripciones, y las normas de justificación excepciones a los tipos delictivos”⁵³⁰.

Esta postura llega a idénticas soluciones que la teoría de los elementos negativos del tipo, diferenciándose de ella en la medida en que no considera a causas de justificación como

⁵²⁹Si bien, conforme a la doctrina de la imputación, delitos dolosos e imprudentes pertenecen a clases de imputación diferentes, la utilización de dichas reglas no siempre fue uniforme y varió en función de los diversos autores. Para muchos de ellos, la diferencia entre estas manifestaciones delictivas era una cuestión de grados. Más que reglas de imputación diversas, se concebían como vías de atenuación de la pena a una conducta cuya responsabilidad no se ponía en duda cuando, en realidad, la atenuación de la pena y la culpa son cuestiones diversas. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., pp. 44-45.

⁵³⁰Die Deliktstatbestände, verbunden mit der Bewertung, daß eine sie erfüllende Tat rechtswidrig sei, stehen auf derselben logischen Ebene wie die Rechtfertigungsregeln, und es gibt keine Ebene der „Rechtfertigung“, die von der Ebene der Deliktstatbestände zur unterscheiden wäre. Ob eine Tat rechtswidrig ist oder nicht, richtet sich ausschließlich nach dem System der Regeln über die Delikte und die Rechtfertigungsregeln als ganzem und nicht nach einzelnen als voneinander isoliert gedachten Vorschriften (...) die Erlaubnisnormen Ausnahmen zu den Geboten und Verboten, und die Rechtfertigungsnormen formulieren Ausnahmen zu den Deliktstatbeständen. HRUSCHKA, Joachim: FS-Roxin z. 70 G., pp. 453-454.

elementos negativos del tipo penal sino como normas independientes que interactúan en un mismo plano lógico⁵³¹.

Es en el ámbito de la valoración del hecho de acuerdo con la norma en el que se efectuaría la operación de la teoría del delito conocida como “imputación objetiva”. Para los autores partidarios de la doctrina de la imputación se trataría de la aplicación de criterios de interpretación de los tipos y no de una operación de imputación en sentido estricto (juicios de adscripción). El resultado, considerado como modificación del mundo exterior, carecería de sentido en Derecho Penal si no estuviera vinculado a la idea de “hecho” como objeto primario de la imputación. El resultado no es en sí mismo fundamental, sino que es el “hecho” el objeto de la imputación⁵³².

La última operación, constituida por la adscripción del reproche (*imputatio iuris*), es el momento de la valoración demeritoria del hecho. Dado que para imputar es necesario que el *Urheber* obre libremente (voluntariedad), la doctrina de la imputación ordinaria se cae cuando el autor no conoce la norma (*ignorantia iuris*) o bien cuando se encuentra imposibilitado de cumplirla (*vis compulsiva*). El primero de los supuestos de exclusión no solamente incluiría los casos conocidos como error de prohibición sino también aquellos de defecto de desconocimiento de la norma por enfermedades mentales (inimputabilidad). En los casos de imposibilidad de seguir la norma, se incluyen situaciones de estado de necesidad coactiva, como diversas enfermedades o trastornos mentales que influyen en la posibilidad de acatar la norma.

Un modelo de imputación que en determinados casos impone la violación de la incumbencia como núcleo de la imputación extraordinaria, implica una determinada comprensión de la culpabilidad. Por consiguiente, la cuestión de la culpabilidad no se refiere a la fundamentación de un reproche de culpabilidad autónomo al reproche del ilícito, sino a la posibilidad del autor de defenderse contra el reproche de acciones responsablemente ilícitas⁵³³.

Algunas observaciones que se le pueden hacer en este estadio de imputación a la teoría del delito es que no es posible asimilar el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad

⁵³¹HRUSCHKA, Joachim: FS-Roxin z. 70 G., pp. 453-454; GS-Blomeyer, pp. 780-784.

⁵³²Para SÁNCHEZ-OSTIZ, el resultado cumple una función necesaria pero parcial a los efectos de la imputación, a saber, de prueba y acotación de la conducta. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: Ob. Cit., pp. 527-528.

⁵³³NEUMANN, Ulfrid: ZStW 99, p. 585.

exculpante, puesto que ambos operan en estadios lógicos diferentes. El primero se presenta en la *applicatio legis ad factum* y el segundo en la *imputatio iuris*.

Otra consecuencia es la de llegar a resolver de una manera lógica el error sobre los presupuestos objetivos de las justificantes de la misma manera que el error de tipo, como un caso de *ignorantia facti*, dado que normas permisivas y prohibiciones y mandatos se encuentran en un mismo plano lógico, y no como lo hacía la teoría estricta de la culpabilidad, que se aferraba a tratarlo como un error de prohibición (casos de *ignorantia iuris*).

9. Valoración crítica.

Joachim Hruschka es un fiel seguidor del concepto de imputación utilizado por Kant. Aquel toma del filósofo de Königsberg un sistema de imputación basado en dos juicios diversos que pueden ser identificados como la imputación al hecho y la imputación a la culpabilidad. A dicho sistema lo enriquece con el desarrollo de un sistema normativo que, al distinguir de modo lógico entre dos clases diversas de normas, le permite identificar con mayor precisión aquello que puede ser identificado como juicio de imputación. Conforme a su sistema, las normas de imputación adscriben un hecho o atribuyen consecuencias y siempre operan desde la perspectiva *ex post*. Las normas de conductas, por el contrario, pueden funcionar tanto en la dimensión *ex ante*, imponiéndole a los destinatarios pautas de acción, cumpliendo así una función de prevención general, o bien desde una dimensión *ex post*, en este caso es el juez quien utiliza la misma norma de conducta ahora desde una perspectiva *ex post* a los fines de determinar si el hecho previamente imputado en su caso cumple con lo prescripto por la norma o bien se aparta de ella. La ventaja que proporciona un sistema lógico como el propuesto por este autor es que permite depurar el concepto de imputación, siempre que estemos valorando (interpretando) una determinada conducta: no nos encontramos en el ámbito propio de las normas de imputación, sino en el de las normas de conductas.

Al mismo tiempo, puesto que ambos sistemas de normas no se encuentran aislados unos de otros sino que se encuentran referidos unos a otros a través de relaciones de implicación y derivación, conlleva admitir en este proceder una cierta circularidad hermenéutica entre el hecho y la norma, dado que para poder considerar a un determinado suceso como hecho es necesario tener en consideración la norma con la que, acto seguido, se medirá el hecho

previamente imputado. Así, se produce un ir y venir entre el hecho y la norma, ocasionando una estructura circular de entendimiento.

Si bien conforme a este tipo de relaciones entre los sistemas de normas, sólo es posible imputar el hecho cuando el sujeto actúa con conocimiento del mismo y además le es posible evitarlo. En el caso de la imputación a la culpabilidad, cuando cuenta además con conocimiento del carácter prohibido de la conducta pudiendo actuar conforme a derecho, lo que traería como consecuencia la no imputación de todos aquellos casos en que el sujeto o no conoce el hecho o la norma, o bien no puede adecuar su conducta a dicha comprensión. Sin embargo la admisión de las “incumbencias” posibilita extender el ámbito de aplicación de la imputación aunque no se pueda afirmar dicha relación lógica. Aquí Hruschka retoma la clasificación de Pufendorf entre actos libres en sí y actos libres en su causa, extendiendo la imputación a casos no libres en sí pero en los que se presenta la violación de una “incumbencia”. Por su parte, los actos que no son libres en sí ni libres en su causa, no pueden ser imputados. La admisión de un tipo de imputación de carácter extraordinario le permite imputar al autor aquellos casos de incapacidad de acción o *ignorantia facti* debido a una violación de una incumbencia; en este segundo grupo de casos estarían abarcados los delitos imprudentes. O bien, cuando al sujeto actuante le es imputable la falta de conocimiento de la norma (*ignorantia iuris*) o la imposibilidad de cumplir con la misma. La admisión de reglas de carácter adversativo en el ámbito de la *imputatio juris* le permite no dejar afuera del sistema los casos de error de prohibición vencible y los casos tradicionalmente tratados por la dogmática jurídico-penal bajo el concepto de “*actio libera in causa*”.

Nuestras mayores críticas respecto de la imputación extraordinaria no están dirigidas a su corrimiento del sistema lógico-normativo sino a la falta de claridad respecto del origen de las incumbencias. No resulta del todo claro de dónde surgen ni cuál es su contenido específico. La importancia en torno a su determinación lo más precisa posible reside en que ellas posibilitan ampliar los márgenes de imputación y, en la medida en que sus límites no sean certeros, no sólo se amplían los márgenes de imputación sino también los de discrecionalidad.

10. Resumen.

- Se debe axiomatizar la doctrina general del delito y expresarla en una doctrina cerrada, libre de contradicciones.

- En el modelo de derecho penal, el concepto de imputación (*Zurechnung*) se erige como la categoría fundamental del sistema.
- Comparte un concepto de imputación “amplio” o “global”, dado que el mismo abarca la totalidad del delito.
- Toda acción puede ser definida como el seguimiento de una regla. El sujeto, cuando actúa, aplica reglas específicas. Si no puedo describir las reglas aplicadas de alguna manera detallada, luego no se puede admitir que el suceso sea una acción. No es posible un seguimiento de la regla sin consciencia de dicho seguimiento. La voluntad de seguimiento de la regla está unida con la consciencia del seguimiento de la regla, y ambas son idénticas.
- La auto-exclusión de la comunidad por causa del no seguimiento de las reglas constitutivas de la misma, tiene lugar independientemente del hecho que el no seguimiento de esas reglas sea reprochable o no.
- Mediante la imputación de acciones, los individuos se reconocen como libres. Para imputar se requiere de libertad, una libertad “originante”, causante, en el sentido de la expresión *causa libera*.
- Las reglas de conducta están compuestas por un sistema de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones. En su dimensión ‘prospectiva’ dicen qué acciones del respectivo sistema de reglas hay que entender como prescriptas, prohibidas, (relativamente) permitidas y (relativamente) eximidas. Las normas de conducta también cumplen una función ‘retrospectiva’ conocida como *applicatio legis ad factum*.
- Existe otro sistema de reglas compuesto por normas de imputación. Ellas forman parte de un sistema de reglas propio. Operan solamente en una dimensión retrospectiva. Como consecuencia de los juicios de adscripción podemos denominar a los sucesos como “hechos” y atribuírselos a su destinatario como reprochable, como meritorio o simplemente considerarlo como “debido”.
- El primer nivel de imputación, también conocido como imputación del hecho, es un juicio de adscripción por el cual un suceso, es decir, un proceso entendido como ejecu-

ción de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, es considerado como “hecho” (*Tat*) y el sujeto actuante u omitente como su artífice (*Urheber*).

- El desconocimiento (*Unkenntnis*) o la incapacidad (*Unvermögen*) con respecto a todas las reglas posibles eliminan la libertad de actuar sin más y, por lo tanto, no lo imputamos como acción.
- La imputación de un suceso como acción (*imputatio facti*) es condición necesaria para una valoración del suceso. Juzgar si el hecho imputado (en el primer nivel) es antijurídico no es ningún juicio de imputación, sino expresión de que el hecho no concuerda con el sistema vigente de reglas de comportamiento del que se parte *applicatio legis ad factum*.
- El segundo juicio de imputación es el correspondiente al reproche. Imputación de segundo nivel en el ámbito del Derecho Penal es imputación del hecho antijurídico a la culpabilidad.
- Cuando contemplamos una acción jurídicamente anómala o moralmente como “no libre”, la disculpamos.
- La imputación puede ser ordinaria, esto es, que permite enlazar dos términos como consecuencia lógica el uno del otro, o bien extraordinaria. Ésta última tiene lugar, cuando el sucedáneo (*Surrogat*) es tratado como suficiente sustitución para el faltante elemento constitutivo del delito. El suceso será atribuido al agente y reprochado el mismo no en razón de la infracción de una regla sino porque el sujeto obra en contra de lo que le incumbía. Las incumbencias (*Obliegenheiten*) se presentan como fuentes de pautas de comportamientos que no llegan a ser reglas de actuar pero las posibilitan. Las incumbencias no fundamentan el reproche de culpabilidad, sino que sólo bloquean una disculpa del autor.
- Hruschka recurre a la distinción hecha por Samuel Pufendorf entre *actio libera in se* (acción libre en sí misma) y *actio libera in causa* (acción libre en su causa). Por su parte, una acción que no fue libre ni considerada en sí misma ni en su causa no puede ser imputada (*actiones neque in se neque in sua causa liberae*).

- El esquema propuesto por Hruschka desemboca en una teoría del delito de estructura bimembre. El primer estadio estaría compuesto por el hecho antijurídico (imputación de primer nivel más aplicación de la norma al hecho) y el segundo por la atribución del hecho a la culpabilidad del autor (imputación de segundo nivel).
- Todas las energías invertidas por determinadas corrientes de la teoría del delito para distinguir la acción de la omisión se resuelven a partir de la valoración de la actividad o de la omisión en función de la regla de conducta que interviene en cada caso.
- El dolo es un verdadero juicio de imputación (adscripción), no se constata sino que se afirma al considerar un suceso como hecho. La doctrina de la imputación supone adelantar el análisis del dolo al primer juicio de imputación, y se rompe así con la lógica binaria propia de la teoría del delito que considera a la imputación subjetiva un correlato del tipo objetivo.
- Los imprudentes son supuestos de imputación extraordinaria (*ignorantia facti*).
- El esquema de análisis de Hruschka da idénticas soluciones que la teoría de los elementos negativos del tipo, diferenciándose de ella en la medida en que no considera a causas de justificación como elementos negativos del tipo penal sino como normas independientes que interactúan en un mismo plano lógico.
- Es en el ámbito de la valoración del hecho de acuerdo con la norma en el que se efectuaría la operación de la teoría del delito conocida como “imputación objetiva”. Se trataría de la aplicación de criterios de interpretación de los tipos y no de una operación de imputación en sentido estricto
- Llega a resolver de una manera lógica el error sobre los presupuestos objetivos de las justificantes de la misma manera que el error de tipo, como un caso de *ignorantia facti*, dado que normas permisivas y prohibiciones y mandatos se encuentran en un mismo plano lógico, y no como lo hacía la teoría estricta de la culpabilidad que se aferraba a tratarlo como un error de prohibición (casos de *ignorantia iuris*).

11. Comparación del modelo de Hardwig con el de Hruschka.

Ambos autores se proponen desarrollar una teoría general de la imputación que abarque a la totalidad de la conducta delictiva. Ambas teorías presentan similitudes y también grandes diferencias.

Ambos autores reconocen dos juicios de imputación, uno que recae sobre el hecho y otro que recae sobre el sujeto. Mientras en Hruschka el primer juicio de imputación comprende la atribución del hecho al sujeto como su obra, y no la valoración del mismo (su calidad de antijurídico) que lo relega a la *applicatio legis ad factum*, o sea al ámbito de la norma de conducta desde su dimensión retrospectiva, en Hardwig ya el primer juicio de imputación comprende a la conducta desvalorada y ese juicio afirma que el sujeto ha realizado un hecho antijurídico, en la medida en que el deber jurídico que lo alcanzaba era para el sujeto evitable. Desde la perspectiva de Hruschka, Hardwig estaría confundiendo dos sistemas de reglas diversas, puesto que no es la regla de imputación al hecho la que desvalora la conducta como “antijurídica” sino la misma norma de conducta, que en su función prospectiva actúa como norma de determinación, desde su sentido inverso juega el rol de baremo de medición de los hechos imputados al agente.

Un modelo en el cual el primer estadio está conformado por la conducta antijurídica conlleva a que el objeto del dolo sea la conducta desvalorada, no pudiendo ser diferenciado analíticamente el error que recae sobre algún elemento configurador del hecho de aquel que recae sobre la valoración del mismo. Hruschka, en cambio, desarrolla un sistema en el que lógicamente distingue dos niveles de conocimiento: en un primer momento aquél que recae sobre el hecho, o sea el dolo, y en un segundo momento aquel que recae sobre la antijuridicidad de la conducta. El sistema desarrollado por este último autor permite, además, diferenciar analíticamente entre el error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación. Este último, al recaer sobre un elemento de la norma permisiva, es idéntico al error de tipo.

Otra similitud dentro de sus respectivos esquemas de imputación es que para ambos es la norma jurídica la que determina si se está ante una acción y/o una omisión, y no es un dato de tipo ontológico previo al derecho.

La teoría de la imputación de Hardwig tiene una dimensión más amplia, puesto que partiendo del prototipo del delito comisivo de mera actividad, luego extiende las mismas reglas de imputación a la totalidad de las manifestaciones delictivas, sean comisivos u omisivos, de mera actividad o de resultado, sean dolosos o imprudentes. La teoría de la imputación de Hruschka, en principio sólo es aplicable lógicamente a los casos de delitos dolosos. Para extender su aplicación a los delitos imprudentes, Hruschka genera reglas de carácter adversativo que dan como resultado una imputación de carácter extraordinario.

PARTE III.

En los capítulos que componen la presente parte abordaremos el estudio del concepto limitado de imputación, a saber, la “imputación objetiva del resultado”. En el primer capítulo se aborda el primer concepto de imputación objetiva desarrollado en la dogmática-jurídico penal por Richard Honig, concepto que difiere en su contenido del concepto actual. La importancia de esta primera conceptualización viene dada porque Roxin, al desarrollar su propia teoría de la imputación objetiva del resultado, tomó como base el concepto desarrollado por Honig. En los siguientes tres capítulos de esta parte se presentarán las teorías de la imputación objetiva del resultado de Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs.

Respecto a la selección de las unidades de análisis, resulta necesario hacer algunas observaciones. En primer lugar, como lo hemos explicitado en la introducción de la tesis, la limitación de la investigación a estas tres propuestas teóricas obedece a que las mismas constituyen tres modelos suficientemente difundidos dentro de la disciplina penal; intentar abordar todas las teorías de la imputación objetiva desarrolladas desbordaría los objetivos de la presente investigación. En segundo lugar, las teorías propuestas por estos autores no serán desarrolladas de manera aislada sino que se presentarán en relación con otras categorías teóricas propuestas por ellos mismos, que coadyuvan a dotar de coherencia y de una mejor comprensión a la teoría objeto de estudio. Por último, si bien la finalidad de nuestra investigación es un estudio comparativo de los conceptos, dado que las unidades de análisis parten de presupuestos epistemológicos diversos, las conclusiones que podamos realizar y las conclusiones a las que arribemos tienen siempre carácter limitado.

CAPÍTULO I: La “moderna” teoría de la imputación en el derecho penal: el concepto de imputación objetiva de Richard Honig.

1. La *objektive Bezweckbarkeit* como criterio de la imputación objetiva del resultado.

Richard Honig reintrodujo el concepto de imputación⁵³⁴ tomando los aportes brindados por Karl Larenz⁵³⁵, quien había trabajado dicho concepto en el ámbito del Derecho Civil. Detrás de la construcción de Honig se halla la idea de que solamente a través de normas dirigidas “a la voluntad como fundamento espiritual del comportamiento” es posible la realización de los objetivos fijados por el derecho. En esta medida, “sólo cabe hablar de antijuridicidad y reprochabilidad del comportamiento si ha existido la posibilidad de evitar el resultado prohibido o de producir el resultado ordenado⁵³⁶”.

El problema que pretende resolver ROXIN con el concepto de “imputación objetiva” es algo diverso a la mera relación entre acción y resultado, tratado desde la esfera de lo ontológico, por las viejas teorías de la equivalencia y la teoría de la adecuación⁵³⁷. Este autor neokantiano, aborda la problemática desde la perspectiva de la ciencia de los valores, dado que aquí no se trata de la prueba de una relación causal, sino de la valoración de la ya relación demostrada como existente⁵³⁸.

Sostiene que con el juicio de causalidad se determina si una acción es presupuesto necesario para la producción de un resultado, pero con ello no está determinado aún si dicha relación es significativa para el ordenamiento jurídico. Para ello es necesario añadir el juicio de imputación de naturaleza específica y distinta al del juicio causal⁵³⁹. Según Honig:

⁵³⁴HONIG, Richard: „Kausalität und Objektive Zurechnung“, pp. 174-201.

⁵³⁵Véase LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre*.

⁵³⁶KINDHÄUSER, Urs: “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, traducción de Juan Pablo Mañalich Raffo, en *Indret* N°4, año 2008, p. 12

⁵³⁷ROXIN, Claus: “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, p. 133.

⁵³⁸La cuestión de la causalidad está resuelta si se comprueba que la acción – cualesquiera que sean las otras condiciones – fue el presupuesto necesario de la producción del resultado. Pero con este juicio sobre la relación fáctica entre acción y resultado, no se resuelve aún la cuestión de si esta relación también es significativa para el ordenamiento jurídico, si satisface las exigencias del ordenamiento jurídico. Honig, Richard: *FG-Frank*, pp. 178-179.

⁵³⁹ROXIN, Claus: *FS-Honig*, p. 133.

“El juicio de imputación examina la cuestión axiológica, es decir, la significación de la relación causal para el ordenamiento jurídico, medida según parámetros que están dados con el ordenamiento jurídico futuro”⁵⁴⁰.

Lo central para el Derecho es la cuestión de si un suceso puede ser visto como obra de una persona y, por consiguiente, serle imputado. Lo que caracteriza a los seres humanos es que pueden configurar el mundo (controlar los cursos causales) según su voluntad, y es en dicho actuar final⁵⁴¹ donde reside la esencia de la conducta humana⁵⁴². Honig considera que el estar objetivamente orientado por un fin (*objektive Bezweckbarkeit*) es el criterio de la imputación de un resultado y, de ese modo, “es imputable aquel resultado que puede ser concebido como propuesto como fin”^{543 544}.

Honig se sirvió del caso de la tormenta⁵⁴⁵ para demostrar, a través del elemento de la “finalidad objetiva de pretender” (*objektive Bezweckbarkeit*), que los procesos causales irregulares y no dominables de antemano no son imputables, incluso aunque se produzcan conforme a la intención del autor⁵⁴⁶. Considera que:

“... 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

⁵⁴⁰HONIG, Richard: FG-Frank, pp. 179-180.

⁵⁴¹En la construcción del hecho punible, HONIG toma en consideración la estructura final de las acciones de modo distinto a WELZEL. Mientras que WELZEL cree que el injusto de un hecho punible se encontraría en la realización de una determinada fijación de un objetivo, y con ello pretende equiparar el dolo con la intención efectiva del autor, el objetivo de la acción carece, según HONIG, de toda significación para la construcción del hecho punible. Para él resulta suficiente, antes bien, que un determinado comportamiento, con independencia de lo intentado por el agente concreto, hubiese podido orientarse al fin de evitar la producción de un resultado. La verificación de las capacidades individuales de la evitación (final) del resultado referidas a este estándar es, entonces, una pregunta de la culpabilidad. En KINDHÄUSER, Urs: „Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der Objektiven Zurechnung“ en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper, Michael Hettinger, Heidelberg, R.v. Decker, 2007, p. 455. De esta obra existe una versión en castellano bajo el título “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, traducción de Juan Pablo Mañalich Raffo, en Indret N°4, año 2008.

⁵⁴²FRISCH, Wolfgang: „Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper und Jürgen Wolter, Heidelberg, R. v. Decker, 2003, p. 721, existe una versión en castellano titulada “La imputación objetiva: estado de la cuestión” en “Sobre el estado de la teoría del delito”, traducción de Ricardo Robles Planas, Madrid, Civitas, 2000.

⁵⁴³Zurechenbar ist demnach derjenige Erfolg, welcher als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann. HONIG, Richard: FG-Frank, p. 184.

⁵⁴⁴Según HONIG “La conducta humana causal del resultado es jurídicamente relevante sólo si, respecto de la producción o evitación del resultado, puede ser concebida como en pos de un fin. Recién con la finalidad objetiva que se agrega a la causalidad está dada la base, según lo anterior, para la significación jurídica de la conducta humana”. HONIG, Richard: FG-Frank, p. 188.

⁵⁴⁵Según este caso, un sobrino durante una tormenta envía a su tío rico al bosque con la finalidad que sea alcanzado por un rayo y de esa manera devenir en heredero de aquél.

⁵⁴⁶ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 134.

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.”⁵⁴⁷

La imputación en Honig es “objetiva”, porque la misma no indaga todavía sobre los conocimientos y capacidades que efectivamente tiene el autor concreto. Conforme a este modelo de imputación, el destinatario de la norma es una “figura estándar objetivada”, respecto de la cual aún no se determina en detalle cuáles son las capacidades físicas con la que ella debería estar dotada⁵⁴⁸.

Honig estatuye en primer término a la imputación del resultado como un elemento del tipo objetivo⁵⁴⁹ constitutivo de la omisión jurídico-penalmente relevante. Es en esta previsibilidad y evitabilidad de la producción del resultado, a ser juzgadas conforme a la experiencia, donde reside su imputabilidad objetiva y es dicho elemento el que le da al no actuar el significado de una omisión⁵⁵⁰, aunque traslada luego dicho criterio como elemento constitutivo de los delitos de comisión. Pues un “hecho no es sólo una secuencia causal, sino un todo que está sujeto a una apreciación teleológica, antes de que pueda ser valorado jurídicamente”⁵⁵¹. Resumiendo, el juicio de imputación se refiere a la cuestión:

“...de si la actuación de voluntad, según la experiencia, puede ser considerada como medio apropiado para producir el resultado, si la actuación de voluntad y el resultado pueden ser vistos como un “todo teleológico”, el resultado “como posible objeto de la voluntad”, es decir, que fuera gobernable por ella.”⁵⁵²

Una primera apreciación del concepto de imputación objetiva proporcionado por Richard Honig es su naturaleza restringida. Dicho concepto no se equipara al concepto de “imputación” presente en las viejas doctrinas de la imputación. En su lugar, el concepto

⁵⁴⁷HONIG, Richard: FG-Frank, pp. 187-188.

⁵⁴⁸KINDHÄUSER, Urs: GA, 2007, p. 453.

⁵⁴⁹KINDHÄUSER critica a HONIG al ubicar a la imputación objetiva en el tipo objetivo ya que, conforme a su parecer, la posibilidad objetiva de perseguir un resultado como fin (*objektive Bezweckbarkeit*) no puede ser un elemento del tipo objetivo del delito. Asumir esto encerraría una confusión del objeto de la imputación con la imputación del objeto. Por lo demás, si la posibilidad objetiva de proseguir un fin fuera un elemento del injusto de resultado, ella tendría que ser objeto del dolo en el delito doloso, lo cual, al menos respecto del criterio de posibilidad de perseguir un fin, hasta ahora no ha sido reclamado por defensor alguno de la imputación objetiva. KINDHÄUSER, Urs: GA, 2007, pp. 453-454.

⁵⁵⁰Die Zurechenbarkeit des Erfolges ist konstitutives Element der strafrechtlich erheblichen Unterlassung. HONIG, Richard: FG-Frank, p. 193.

⁵⁵¹So ist vom Gesetzgeber vorausgesetzte normale Beziehung zwischen Tätigkeit und Erfolg und damit die objektive Zurechenbarkeit des Erfolges auch hier – beim aktiven Verhalten – konstitutives Element. Denn eine „Tat ist nicht nur eine kausale Aueinanderfolge, sondern ein Ganzes, das einer teleologischen Beurteilung unterliegt, ehe es noch rechtlich gewertet werden kann“. HONIG, Richard: FG-Frank, p. 196.

⁵⁵²HONIG, Richard: FG-Frank, p. 196.

cumple una función de filtro de los resultados causados. Sólo serán atribuidos al autor aquellos resultados que hayan sido propuestos como fin.

Al definir la imputación objetiva basándose en un criterio material consistente en la “dominabilidad”, el mismo goza de un sustrato ontológico y no normativo. En este punto se diferencia de las posteriores teorías de la imputación objetiva que normativizan los criterios para la atribución del resultado.

Resulta necesario aclarar que el criterio de la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*) no se equipara al concepto de dolo en Welzel, dado que para Richard Honig el mismo se determina conforme a un juicio estándar (sujeto medio) y a la prognosis realizada por el autor. Todo contenido volitivo en el esquema de análisis de Honig es tratado en el ámbito de la culpabilidad.

2. La imputación objetiva: el paso del concepto de Richard Honig al de Claus Roxin.

El concepto de imputación objetiva, luego de su reintroducción, permaneció varias décadas en la penumbra, hasta que en el año 1970 es retomado por Claus Roxin en ocasión al libro homenaje a Richard Honig⁵⁵³. En dicha oportunidad retoma el concepto utilizado por Honig dotándolo de un contenido diverso⁵⁵⁴.

Roxin visualiza la finalidad, pretendida por Honig a través del concepto de imputación objetiva, de situar la problemática de la atribución de los resultados lesivos desde una perspectiva diversa a la de las teorías causales, es decir, conforme a diferentes criterios de enjuiciamiento a los que sometemos los datos empíricos; reconoce, a la vez que tal toma de posicionamiento respecto de la naturaleza del juicio de imputación implica la admisión de la tesis de la normatividad del concepto jurídico-penal de acción⁵⁵⁵. Sin embargo, Roxin rechaza el sustrato ontológico del concepto de “*objektive Bezweckbarkeit*”. Al respecto Roxin argumenta:

⁵⁵³Véase, ROXIN, Claus: “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, pp. 133-150

⁵⁵⁴Aunque el principio de incremento del riesgo ya había sido tratado por ROXIN con anterioridad en „Plichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigen Delikten“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 74. Band, herausgeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilh. Gallas, Ernst Heinitz, Hans-Heinr. Jascheck, Richard Lange, Eberhard Schmidt und Hans Welzel, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, pp. 431-432.

⁵⁵⁵ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 133.

“Si se examina más de cerca, se verá que el criterio de la ‘posibilidad de dominio a través de la voluntad humana’, en el que se basa la finalidad objetiva, sólo aparentemente está orientado a la facticidad del poder. En efecto, si el conocido y claro ejemplo, que también maneja Honig, se pregunta si ‘la muerte del sobrino al que le cae un rayo se puede achacar a que A ha mandado durante una tormenta a su sobrino al que quiere heredar, a un monte poblado de los altos árboles’, en cualquier caso la respuesta negativa no se debe a que a A le fuese imposible renunciar a un comportamiento tan extraño. Seguramente el orden jurídico podría prohibir también tal experimento con las fuerzas de la naturaleza. Si no lo hace, ello se debe únicamente a que dicha conducta no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico (en este caso, la muerte mediante un rayo); la conducta no es peligrosa y, por lo mismo, es indiferente para el legislador. Por eso pretende Honig que se dé otra respuesta si se hubiera podido observar ‘que en esa época del año las tormentas pasaban por encima del monte, descargando allí sus rayos’- que en este caso se podía ‘contar con ulteriores repeticiones’-. Así, pues la posibilidad objetiva de pretender un curso casual dañoso depende de si la conducta de la persona en cuestión crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica en un bien jurídico”⁵⁵⁶.

De esta manera Roxin normativiza el concepto de imputación objetiva. El contenido ya no reside, como en Honig, en la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*), sino en la creación de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico⁵⁵⁷.

Para Roxin, la finalidad no se basa únicamente en la conexión causal libre de valor, sino que presupone igualmente criterios objetivos de imputación⁵⁵⁸. Él es consciente de que la renormativización del concepto de imputación implica trasladarlo del ámbito pretípico de las acciones dominables, a la esfera de la imputación del tipo⁵⁵⁹. En consecuencia, Claus Roxin,

⁵⁵⁶Der Zurechnungsmaßstab selbst bedarf aber noch genauerer Analyse. Das Kriterium der „Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen“, das der objektiven Zweckhaftigkeit zugrunde liegt, ist bei näherem Hinsehen nur scheinbar an der Faktizität des Könnens orientiert. Wenn man nämlich in dem bekannten Schulbeispiel, das auch Honig verwertet, die Frage stellt, ob „der Tod des vom Blitz getroffenen Neffen darauf zurückgeführt werden kann, daß A seinen Neffen, den er beerben will, während eines Gewitters auf eine mit hohen Bäumen bepflanzte Anhöhe schickt“, so ergibt sich die verneinende Antwort jedenfalls nicht daraus, daß es dem A unmöglich wäre, con einem so merkwürdigen Verhalten Abstand zu nehmen. Die Rechtsordnung könnte auch eines solches Experiment mit den Naturgewalten sicherlich verbieten. Wenn sie es nicht tut, so liegt der Grund allein darin, daß dieses Verhalten kein maßbares Risiko einer Rechtsgüterverletzung (hier: einer Todesherbeiführung durch Blitzschlag) schafft; es ist ungefährlich und dem Gesetzgeber darum gleichgültig. Deshalb will auch Honig anders entscheiden, wenn zu beobachten gewesen wäre „daß die Gewitter zu dieser Jahreszeit über die Anhöhe zogen und dort einschlugen“ – weil nämlich in diesem Falle „mit weiteren Wiederholungen zu rechnen“ war. Die objektive Bezweckbarkeit eines Schaden stiftenden Person ein rechtlich relevantes Risiko tatbestandlicher Rechtsgüterverletzung schuf oder nicht... ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 135.

⁵⁵⁷ROXIN considera que la reducción de la posibilidad objetiva de pretender al principio del riesgo facilita una división de nuestro criterio que podría permitir elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal. Permítasenos hacer algunas indicaciones al respecto. ROXIN, Claus: FS-Honig, pp.135-136.

⁵⁵⁸ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 148.

⁵⁵⁹ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 147; al respecto FRISCH sostiene que “Una teoría de la imputación que se sitúa como cuestión básica la pregunta por la relevancia jurídica del riesgo creado por el autor (y por su realización), tiene una dimensión completamente diferente: bajo los topoi (de la ausencia) de la creación desaprobada del

desde una perspectiva teleológica, reorienta el concepto de imputación integrándolo a su sistema de Derecho Penal. En palabras de este autor:

“Un sistema teleológico orientado por criterios de imputación (...) la unidad no consiste en la identidad del material que haya que clasificar entre acción, injusto o culpabilidad, sino en la homogeneidad teleológica de principios de imputación que, al desplegarse sobre la materia jurídica, pueden adoptar a nuestro campo visual circunstancias reales totalmente diferentes”⁵⁶⁰.

3. Resumen.

- Honig aborda la problemática de la imputación objetiva desde la perspectiva de la ciencia de los valores; aquí no se trata de la prueba de una relación causal, sino de la valoración de la relación ya demostrada como existente.
- Sostiene que con el juicio de causalidad se determina si una acción es presupuesto necesario para la producción de un resultado, pero con ello no está determinado aún si dicha relación es significativa para el ordenamiento jurídico. Para ello resulta necesario añadir el juicio de imputación. Éste examina la cuestión axiológica, es decir, la significación de la relación causal para el ordenamiento jurídico, medida según parámetros que están dados con el ordenamiento jurídico futuro.
- La imputación en Honig es “objetiva”, porque la misma no indaga todavía sobre los conocimientos y capacidades que efectivamente tiene el autor concreto. El destinatario de la norma es una “figura estándar objetivada”.
- Honig estatuye en primer término a la imputación del resultado como un elemento del tipo objetivo, constitutivo de la omisión jurídico-penalmente relevante. Aunque traslada luego dicho criterio como elemento constitutivo de los delitos de comisión.

riesgo y la finalidad de protección (limitada) del tipo se comprenden todos los aspectos materiales – más allá de la acción (entendida restrictivamente) y con anterioridad a la justificación excepcional – que pueden jugar a favor y en contra de la relevancia típica de determinados cursos causales (...) una teoría de la imputación del resultado tan significativamente relevante omniabarcante llamará mucho más la atención que una teoría de la imputación que parecía limitarse tan sólo a introducir correctivos marginales”. FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, herausgegeben von Bernd Schünemman, Wilfried Bottke, Hans-Joachim Rudolphi, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 2001, pp. 215-216.

⁵⁶⁰(In)...einem... orientierten theologischen System ... liegt die Einheit nicht in der Identität des bei Handlung, Unrecht oder Schuld einzuordnenden stofflichen Materials, sondern in der theologischen Zusammengehörigkeit von Zurechnungsprinzipien, die bei ihrer Entfaltung am Rechtsstoff ganz verschiedenartige Sachgegebenheiten in das Blickfeld bringen können. ROXIN, Claus: FS-Honig, 147.

- Dicho concepto no se equipara al concepto de “imputación” presente en las viejas doctrinas de la imputación. En su lugar, el concepto cumple una función de filtro de los resultados causados. Al definir la imputación objetiva basándose en un criterio material consistente en la “dominabilidad”, el mismo goza de un sustrato ontológico y no normativo. Tampoco se equipara al concepto de dolo en Welzel, dado que para Richard Honig el mismo se determina conforme a un juicio estándar y a la prognosis realizada por el autor. Todo contenido volitivo en el esquema de análisis de Honig es tratado en el ámbito de la culpabilidad.
- El concepto de “imputación objetiva”, luego de su reintroducción, permaneció varias décadas en la penumbra, hasta que en el año 1970 es retomado por Claus Roxin, rechazando el sustrato ontológico del concepto de “*objektive Bezweckbarkeit*”. La posibilidad objetiva de pretender un curso casual dañoso depende de si la conducta de la persona en cuestión crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica en un bien jurídico.

CAPÍTULO II: El modelo de Claus Roxin.

1. El planteo metodológico.

El nuevo modelo de Derecho Penal propuesto por Claus Roxin – conocido como modelo racional final o teleológico (funcional) del Derecho Penal– surge en un momento de crisis de la dogmática jurídico-penal. La mencionada disciplina científica se hallaba en una puja metodológica y epistemológica entre causalistas y finalistas.

Roxin emerge en medio de esa disputa como un autor que no está ligado a dichas tradiciones jurídicas. Al contrario, él se presenta como el continuador de la inacabada dogmática neokantiana, sustituyendo la difusa referencia a los valores por contenidos de la política criminal⁵⁶¹. Sus críticas hacia la dogmática imperante en el momento en que presentó su teoría se dirigían tanto a la dogmática “cerrada”, asilada de las valoraciones político-criminales representada tanto por el causalismo como por el finalismo⁵⁶², como así también hacia el pensamiento tópico que pretendía la eliminación de todo sistema por la solución basada en *topois*. Con respecto al pensamiento tópico, Roxin se opone a la eliminación de la teoría del delito⁵⁶³, tanto generalizadora como diferenciadora, a favor de una cualquiera “valoración” individual, puesto que ello haría retroceder a la dogmática jurídico-penal varios siglos.

⁵⁶¹ROXIN sostiene que sobre la base de su *Lehrbuch* se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. ROXIN, Claus: *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006, p. 206 Para su versión castellana véase: “Derecho penal: Parte General. T. I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997.

⁵⁶²ROXIN le reconoce a la teoría finalista, el mérito de que a través de la teoría final de la acción, con su referencia a estructuras ónticas y a la realidad social, ha intentado restablecer la referencia de la dogmática jurídico-penal a la realidad. Sin embargo, su método deductivo-axiomático no concede un espacio independiente a las finalidades político-criminales en la dogmática. ROXIN, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1973, pp. 13-14. Existe una versión en castellano llamada *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002. Otros méritos del finalismo según ROXIN son el haber contribuido de manera decisiva a descubrir el desvalor de la acción como uno de los elementos constitutivos en el injusto penal y a delimitarlo de la culpabilidad y de los demás presupuestos de la responsabilidad penal. Además ha posibilitado que se puedan perfilar de manera objetiva los tipos de delitos. Por último, reconoce la contribución hecha por WELZEL a través del criterio del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autoría y participación. En ROXIN, Claus: „Normativismus, Kriminalpolitik und Emperie in der Strafrechtsdogmatik“, en „Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag“, 1. Auflage, herausgegeben von Dieter Dülling, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2003, pp. 423 y ss.

⁵⁶³ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 220.

Considera que las objeciones planteadas no deben ser imputadas al planteamiento sistemático como tal, sino al erróneo planteo de su desarrollo dogmático⁵⁶⁴.

En lo que se refiere a los modelos dogmáticos “cerrados” y, en particular, de las teorías del delito de que dichas corrientes se derivan, Roxin sostiene que las mismas consisten en un sistema de elementos, desintegrando la conducta delictiva en una pluralidad de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descriptivas, etc.) que se incluyen en los diversos estadios de la teoría del delito y que se reúnen como un mosaico para la formación del hecho punible. Sostiene además, que el sistema cerrado de la teoría del delito aparta a la dogmática jurídico-penal, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales y, por, otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella⁵⁶⁵. Contrario a este modo de entender el delito, propone un planteamiento diverso sobre la base de que el suceso en su totalidad debe ser visto bajo el prisma de la respectiva categoría delictiva⁵⁶⁶.

Presenta su dogmática-jurídico penal como un sistema “abierto”, apto para una permanente remodelación en función de las necesidades político-criminales⁵⁶⁷ y de la evaluación de los conocimientos⁵⁶⁸. Roxin sostiene que:

“...en derecho penal, sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del Estado de Derecho, los problemas políticos criminales configuran el contenido propio de la teoría general del delito”⁵⁶⁹.

Manteniéndose a la dogmática jurídico-penal y a la política criminal aisladas la una de la otra, un determinado supuesto puede ser dogmáticamente correcto aunque desde el punto de vista político-criminal puede que sea insatisfactorio, y a la inversa. Por ello “el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal”⁵⁷⁰. La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis (unidad dialéctica). Dicha unidad sistemática debe incluirse en la estructura de la teoría del delito. Es decir, las

⁵⁶⁴ROXIN, Claus: KStS, pp. 5-7.

⁵⁶⁵ROXIN, Claus: KStS, p. 12.

⁵⁶⁶ROXIN, Claus: KStS, pp. 42-43.

⁵⁶⁷Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 222.

⁵⁶⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, pp. 109-110.

⁵⁶⁹ROXIN, Claus: KStS, p. 8.

⁵⁷⁰ROXIN, Claus: KStS, p. 12.

diversas categorías que conforman la teoría del delito deben estar impregnadas por necesidades político-criminales dado que el Derecho penal es la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica⁵⁷¹.

Muchas críticas han sido formuladas al planteamiento de Roxin, orientadas a que la dogmática propuesta por este autor conduce a una relativización del pensamiento sistemático y, consecuencia de ello, a un aumento de la inseguridad jurídica en la resolución de los casos. Frente a ello, Roxin sostiene que las relaciones internas de un sector jurídico son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o de axiomas. Mientras que las abstracciones se alejan en creciente medida de la realidad, el despliegue de los respectivos puntos de vista político-criminales rectores obliga a tener en cuenta toda la materia jurídica⁵⁷².

Esta nueva forma de entender las relaciones entre dogmática jurídico-penal y política criminal exige una normativización de los conceptos para proporcionar la flexibilización necesaria del sistema, posibilitando de esta manera que los conceptos varíen su contenido en función de cambios valorativos de equilibrio de fines⁵⁷³.

Roxin no sustituye la referencia a lo empírico por un normativismo libre de empirismo. Al contrario, propone una re-normativización saturada por la referencia a la realidad. Empirismo y normativismo no se excluyen, sino que se complementan⁵⁷⁴. La re-normativización reconoce un límite “óntico”⁵⁷⁵, dado que la elaboración jurídica se encuentra con una barrera

⁵⁷¹ROXIN, Claus: KStS, p. 40.

⁵⁷²ROXIN, Claus: KStS, p. 40-41.

⁵⁷³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, p. 110.

⁵⁷⁴El sistema penal no debe proveer deducciones de conceptos normativos abstractos ni tampoco ser reflejo de leyes ontológicas, sino constituir una interconexión de ideas centrales de política criminal que penetran en el material jurídico, lo estructuran y posibilitan soluciones a los problemas adecuadas a la peculiaridad de éstos. Con ello me sitúo en los frentes de un normativismo libre de empirismo y de un ontologismo que quiera dictar al legislador, de manera vinculante, soluciones determinadas por las leyes del ser. ROXIN, Claus: FS-Lampe, p. 437. En sentido similar SCHÜNEMANN sostiene que “Normativistische und ontologisierende Betrachtung stehen bei einer richtigen Handhabung der Strafrechtsdogmatik nicht in einem Ausschließlichkeits-, sondern in einem Ergänzungsverhältnis zueinander und greifen wie Zahnänder ineinander, weil der unzweifelhaft normative Ausgangspunkt zwar darüber entscheidet, welche Realitätstrukturen rechtlich relevant sind, weil aber zugleich bei der weiteren Entfaltung und Konkretisierung der normativen Prinzipien auf die „Feinstruktur“ der normativ für relevant erklärten Realitätsschicht Rücksicht genommen werden muss. SCHÜNEMANN, Bernd: „Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, I. Auslage, herausgegeben von Bernd Schünemann, Wilfried Bottke, Hans-Joachim Rudolphi, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Verlag Walter de Gruyter, 2001, p. 30.

⁵⁷⁵Las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es dado previamente a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y – en sentido lato – sociales. Allí reside el concepto del método captador que pretenda ligar al legislador a

constituida por los elementos de la estructura del ser. Sin embargo, a diferencia del finalismo, el acceso a dicha estructura no es de objetivo, sino subjetivo y parcial⁵⁷⁶. De esta manera reconoce un valor limitador a la realidad, pero no como “realidad en sí”, que resulta inaccesible, sino como “realidad representada”⁵⁷⁷. Como sostiene Silva Sánchez, el modelo de Roxin no se define en términos exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito sino que nos hallamos ante una política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del derecho penal⁵⁷⁸.

Es el legislador quien, a partir de sus criterios valorativos, decide cuáles de dichos datos previos (ónticos) quiere convertir en regulación jurídica. Allí reside el modo de proceder en el modelo teleológico –y no, como pretendía el finalismo, en la vinculación inmutable del legislador a las estructuras del ser⁵⁷⁹–, dado que dichos datos previos que prefiguran la materia jurídica, a partir de contenidos de significado social de carácter difuso, no imponen una regulación sino que posibilitan la actividad creadora del legislador a partir de criterios valorativos y es en la periferia de los conceptos jurídicos donde se halla el campo libre para la formación conceptual creativa⁵⁸⁰.

2. Estructura de la teoría del delito.

Una vez presentada la propuesta epistemológica y metodológica que propone Claus Roxin como “modelo de síntesis” entre la dogmática jurídico-penal y la política criminal, resta por analizar cómo las finalidades político criminales dotan de contenidos a las diversas categorías de la teoría del delito. Al respecto Roxin sostiene:

“...el postulado del *nullum crimen*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena sirven de base, desde el punto de vista político-criminal, a nuestras conocidas categorías delictivas. De ellas, la teoría del tipo y de la culpabilidad, hay que interpretarlas con principios específicamente jurídico-penales: mientras que el ámbito de la antijuridicidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico. A ello se debe el que

determinados datos previos. En ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), 8. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2006, p. 20. Existe una versión en castellano llamada “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”, traducción por Joaquín Cuello Contreras y Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000.

⁵⁷⁶ROXIN, Claus: „Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts“, en „Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878-23.11.1949“, 1. Auslage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 260-261.

⁵⁷⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 20.

⁵⁷⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Ob. Cit., p. 14.

⁵⁷⁹ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 20.

⁵⁸⁰ROXIN, Claus: Ob. Cit. pp., 22-23.

las causas de justificación procedan de todo el ámbito jurídico y que de este modo engargen al Derecho penal con otras disciplinas del ordenamiento jurídico.”⁵⁸¹

Con respecto a la categoría de la acción, Roxin se esfuerza por mantener un concepto de acción pretípico⁵⁸² aunque “normativo”⁵⁸³ no basado en estructuras óntico-ontológicas. Define a la acción como “manifestación de la personalidad” (*Persönlichkeitsäußerung*), es decir como todo aquello que se puede imputar al ser humano como centro-anímico espiritual de la acción⁵⁸⁴. Considera que dicha categoría debe cumplir tres funciones, a saber: a) como supra-concepto común de todas las formas de manifestación de la conducta delictiva (*Grundelement*); b) como elemento de “unión” o “enlace” (*Verbindungselement*) vinculando a todas las categorías del delito, reintroduciéndose en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización más exacta mediante atributos adicionales y c) como elemento “límite” (*Grenzelement*) excluyendo de antemano e independientemente de la cambiante forma de los tipos aquello que no debe ser tenido en consideración para un enjuiciamiento penal (actos de animales, de personas jurídicas, meras intenciones, etc.)⁵⁸⁵.

Para Roxin, en el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena (prevención general)⁵⁸⁶. Esta categoría sistemática debe satisfacer tres cometidos, ellos son: a) una función sistemática (*systematische Funktion*) que abarca el conjunto de elementos que deben ser tenidos en cuenta para saber de qué delito se trata; b) una función político criminal (*kriminalpolitische Funktion*) donde reside la función de garantía exigida por el “principio de legalidad”⁵⁸⁷ y c) una función dogmática (*dogmatische Funktion*) autónoma y

⁵⁸¹ROXIN, Claus: KStS, p. 16.

⁵⁸²Según ROXIN el concepto de acción no debe invadir el campo del tipo, pero por otra parte no puede estar vacío de contenido, sino que tiene que poseer suficiente sustancia, o sea suficiente fuerza expresiva, como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos. En ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 238.

⁵⁸³Es normativo porque el criterio de la manifestación de la voluntad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es decisivo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar todo el momento los últimos conocimientos de la investigación empírica. En ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 270.

⁵⁸⁴ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 256.

⁵⁸⁵ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 238-239.

⁵⁸⁶ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 223.

⁵⁸⁷“aunque el principio *nullum crimen* sugiere la formación de una categoría sistemática del tipo, su significado va más allá, en cuanto que somete al régimen del art. 103 II GG (principio de legalidad en la constitución alemana) no sólo los elementos del tipo, sino p.ej. también las causas de exclusión de la culpabilidad y de la punibilidad y eventualmente incluso ciertos presupuestos procesales (...) Por tanto, el tipo de garantía como compendio de todas las circunstancias a las que se refiere el principio *nullum crimen* abarca más elementos que el tipo sistemático”. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 283. ROXIN entiende que en el tipo penal también reside el principio de culpabilidad al reconocer que la teoría de la imputación objetiva consiste precisamente en excluir

desvinculada de la función sistemática consistente en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo (error de tipo).⁵⁸⁸

La forma en que deben llevarse a cabo las diversas diferenciaciones entre los tipos penales debe responder a la función político criminal del tipo exigida por el principio de *nullum crimen*. En función del mismo, el legislador puede hacer uso alternativamente de dos métodos diversos de tipificación. El primero es describiendo la conducta delictiva de la manera más precisa posible, a este clase de ilícitos la denomina “delitos de acción” (*Handlungsdelikt*) o también denominados por Roxin como delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*)⁵⁸⁹. En el segundo modo de tipificación, denominados delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikt*), no interesa la cualidad de la conducta externa del autor porque el fundamento de la sanción está dado por la infracción de las exigencias de conducta (*Leistungsanforderungen*) derivadas del rol social que desempeña⁵⁹⁰. Entre ambos tipos de delitos existe una diferencia especial en lo que atañe a la teoría de la participación. En los delitos de dominio, el autor domina el hecho, en cambio en los delitos de infracción del deber sólo es autor quien lesione el deber extrapenal, sin que interese si externamente domina o no el hecho. Por tanto, el criterio del dominio del hecho y las reglas de la accesoriedad deben ser eliminados en esta segunda clase de delitos⁵⁹¹. Roxin coloca tanto a los delitos de omisión como a los delitos imprudentes bajo la categoría de delitos de infracción de deber⁵⁹².

Roxin presenta un modelo de teoría del delito en el cual tipo y antijuridicidad se mantienen separados, cumpliendo finalidades político-criminales diversas. En el caso de la

del tipo objetivo las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 223.

⁵⁸⁸ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 280-283. Y en ROXIN, Claus: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1970, pp. 106-108. De esta obra existe una versión en castellano bajo el nombre de *Tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, edit. Depalma, 1979.

⁵⁸⁹ROXIN en „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“, denomina a esta clase de ilícitos como “delitos de acción” pero en „Täterschaft und Tatherrschaft“ como en su *Lehrbuch* trata a los delitos de acción bajo el concepto de delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*). Véase ROXIN, Claus: KStS, pp. 16-17; „Täterschaft und Tatherrschaft“, p. 127 y ss.; p. 365 y *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, B. II, p. 19 y ss.

⁵⁹⁰En los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (las relaciones entre administrador del patrimonio y mandante, entre vigilante y preso, entre abogado y cliente), cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida; en los delitos de acción penetra el autor, poniendo entonces desde fuera en peligro la paz (por ejemplo: por homicidio, robo, violación de correspondencia ajena, empleo de magnetófonos para descubrir secretos ajenos, etcétera), en ámbitos que por imperativo del Derecho debería haber dejado intactos. ROXIN, Claus: KStS, pp. 17-18. Para ahondar más en esta temática consultar ROXIN, Claus: „Täterschaft und Tatherrschaft“.

⁵⁹¹ROXIN, Claus: „Täterschaft und Tatherrschaft“, p. 352 y ss.

⁵⁹²Véase ROXIN, Claus: KStS, p. 22 y „Täterschaft und Tatherrschaft“, p. 458 y ss.

antijuridicidad, la misma satisface la función político-criminal de la resolución pacífica de conflictos⁵⁹³. Roxin sostiene que:

“La Antijuridicidad, campo en el que colisionan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo (...) Se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios”⁵⁹⁴.

Los principios político-criminales de la antijuridicidad constituyen un número limitado de principios ordenadores materiales que, combinados de manera diversa, establecen el contenido de las causas de justificación y cuyo juego, en el caso concreto, fija el juicio sobre la utilidad o daño social de la conducta, es decir, sobre la justificación o el ilícito⁵⁹⁵.

Debido a su diversa finalidad político-criminal, hay que analizar las causas de justificación de modo diverso que con la dogmática del tipo. Las causas de justificación no tienen la finalidad de describir acciones (o lesiones de deberes jurídicos). Ellas rigen para muchos tipos y porque la clase de ataques que ellas permiten se determina por las particularidades de la situación de justificación. Con las causas de justificación no se trabaja mediante la subsunción en descripciones fijadas conceptualmente. El derecho solo puede imponer criterios rectores de conducta⁵⁹⁶. Por ello, las causas de justificación no son de interpretación restrictiva como lo son los tipos penales en función del principio de *nullun crimen* sino, rigiendo, por el contrario, el principio de la ponderación.

La última categoría del sistema la llama “responsabilidad” (*Verantwortlichkeit*)⁵⁹⁷. Roxin sustituye la tradicional categoría de la culpabilidad (*Schuld*) por una más amplia que

⁵⁹³ROXIN, Claus: KStS, p. 24.

⁵⁹⁴ROXIN, Claus: KStS, p. 15.

⁵⁹⁵ROXIN, Claus: KStS, p. 26; En el caso de la legítima defensa los principios reguladores son la “autoprotección” y “la prevalencia del Derecho” (la idea de que nadie está obligado a ceder ante el injusto) Dichos principios encuentran su límite en el principio de la proporcionalidad que conduce a negar dicha causa de justificación en caso de absoluta desproporción de los bienes en conflicto. En el caso del Estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB), se mantiene el principio de autoprotección pero el principio de prevalencia del derecho cede ante el de “ponderación de bienes” (justifica la defensa del bien jurídico más valioso o más fuertemente puesto en peligro en aquella situación) dado que al no existir una agresión personal no es necesario hacer prevalecer el derecho. En el caso del estado de necesidad agresivo (§34 StGB) entran en juego los principios de “ponderación de bienes” y los de autonomía (prohíbe que la persona sea utilizada como mero medio para satisfacer otras finalidades). ROXIN, Claus: AT B. I, p. 654 y ss., p. 723 y ss. y KStS, p. 26 y ss.

⁵⁹⁶ROXIN, Claus: KStS, pp. 29-30.

⁵⁹⁷Para ROXIN los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal son, entre otros, la culpabilidad (§§ 19 y 20 StGB), la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad (§ 17 StGB) y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en el caso de determinadas formas de peligro (§ 35 StGB) y de exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB); también hay en la Parte especial, en el Derecho penal especial (o accesorio) y en el ámbito supra-legal casos de exclusión de la responsabilidad. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 851.

comprende la culpabilidad (*Schuld*) a la que se le suma la necesidad preventiva (*präventive Notwendigkeit*) de la sanción penal, que es deducida de la ley. Sólo mediante la síntesis de ambos elementos puede la dogmática jurídico-penal, junto a las finalidades político-criminales⁵⁹⁸ expresadas en las finalidades preventivas, dar lugar a una sanción penal.⁵⁹⁹ Al respecto sostiene:

“Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vistas jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré en delante de culpabilidad, sino de reprochabilidad”⁶⁰⁰.

Roxin no entiende a la culpabilidad como el poder actuar de otro modo (*Andershandelnkönnen*), sino como actuación injusta pese a la existencia de “asequibilidad normativa” (*normativer Ansprechbarkeit*). Según esta fórmula se puede afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando al autor le era accesible la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta conforme a la norma, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. De este modo admite el libre albedrío, no como un hecho demostrable sino como una ficción (aserción normativa), dado que al sujeto que actúa en las condiciones antes descritas “se lo trata como libre”⁶⁰¹.

Aun cuando se compruebe la asequibilidad normativa, con ello no está cerrado el análisis de la punibilidad. Para ello hay que considerar además si el legislador considera si político-criminalmente, es decir, desde el punto de vista de la prevención especial o de la prevención

⁵⁹⁸El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal. En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos, tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cuya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal. ROXIN, Claus: „Schuld‘ und ‚Verantwortlichkeit‘ als strafrechtliche Systemkategorien“, en „Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973“, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1974, p. 182. Existe una versión en castellano denominada “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales” en “Culpabilidad y prevención en derecho penal”, traducción de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.

⁵⁹⁹ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 852-853; Según ROXIN, los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad. ROXIN, Claus: FS-Henkel, p. 181.

⁶⁰⁰Es kommt nicht entscheidend auf das Andershandelnkönnen, sondern darauf an, ob der Gesetzgeber den einzelnen für sein Tun unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zur Verantwortung ziehen will. Deshalb werde ich im folgenden nicht mehr von Schuld, sondern von Verantwortlichkeit sprechen. ROXIN, Claus: FS-Henkel, p. 182.

⁶⁰¹ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 868.

general, resulta necesario el castigo⁶⁰². Ejemplos de la no responsabilidad de la conducta basada en las finalidades de la pena son el estado de necesidad exculpante y los casos de exceso en la legítima defensa, entre otros⁶⁰³.

3. La teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin.

3.1. Introducción.

Claus Roxin desarrolla su primer esbozo de la teoría de la imputación objetiva en el artículo con motivo del 80 aniversario de Richard Honig⁶⁰⁴. En él retoma aquel concepto de “imputación objetiva” que Honig había trabajado en *Festgabe für Frank*⁶⁰⁵.

En dicho artículo, tras a analizar el concepto de “imputación objetiva” reintroducido por Richard Honig como la “posibilidad objetiva de pretender” (*objektive Bezweckbarkeit*), ve en él un concepto provisional y necesitado de ulteriores precisiones.

Sostiene que el criterio de la “posibilidad de dominio a través de la voluntad humana” sólo en apariencia está orientado hacia la facticidad del poder. El hecho de que el legislador no puna determinadas conductas (en alusión al caso de la tormenta) se debe únicamente a que la misma “no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico”. Es decir, la conducta no es peligrosa y, por lo mismo, es indiferente para el Legislador. El concepto de “*objektive Bezweckbarkeit*” depende de si la conducta del autor crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico⁶⁰⁶. En dicho artículo desarrolla, además, los criterios normativos de la disminución del riesgo (*die Risikoverringerung*); la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante (*die Schaffung oder Nichtschaffung eines rechtlich relevantes Risikos*); aumento o falta de aumento del riesgo permitido (*die Steigerung oder Nichtsteigerung des erleubtes Risikos*) y la esfera de protección de la norma como criterio de imputación (*Der Schutzbereich der Norm als Zurechnungsmaßstab*)⁶⁰⁷.

⁶⁰²ROXIN, Claus FS-Henkel, p. 181.

⁶⁰³ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 962 y ss.

⁶⁰⁴Véase ROXIN, Claus: „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, pp. 133-150.

⁶⁰⁵HONIG, Richard: „Kausalität und Objektive Zurechnung“, pp. 174-201 .

⁶⁰⁶“La reducción de la posibilidad objetiva de pretender al principio del riesgo facilita una división de nuestro criterio que podría permitir elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal”. ROXIN, Claus: FS-Honig, pp. 135-136.

⁶⁰⁷ROXIN, Claus: FS-Honig, pp. 136 y ss.

De esta manera Roxin renormativiza el concepto de “imputación objetiva” a través del criterio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (y de su realización en el resultado) así como del ámbito de protección de la norma⁶⁰⁸, dotando a dicha teoría de una dimensión completamente diversa a la pretendida por Honig, al abarcar una nueva constelación de supuestos que van más allá de la mera dominabilidad del curso causal que conduce al resultado (*objektive Bezweckbarkeit*)⁶⁰⁹.

No es objeto de nuestro trabajo realizar un desarrollo cronológico de la teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin; a lo largo de su extensa carrera académica ha trabajado la temática en múltiples escritos⁶¹⁰ y su teoría ha sufrido transformaciones en lo que respecta a los criterios de imputación. Sin embargo, él mismo reconoce que su teoría no es una obra acabada, especialmente en lo que refiere al último de los presupuestos de su teoría, a saber, el alcance del tipo. Ahora procederemos a sintetizar sus principales postulados teóricos, con la finalidad de que el lector que aún no está familiarizado con la temática pueda tener una primera aproximación al tema. Está demás aclarar que los diversos supuestos tratados por esta teoría, como así también la de otros autores, serán analizados en profundidad en los capítulos siguientes.

3.2. Imputación objetiva y causalidad.

Para Roxin la imputación objetiva del resultado es un problema de la parte general en los delitos de resultado (*Erfolgsdelikten*) dado que en ellos el resultado está en el mundo exterior

⁶⁰⁸ROXIN, “al sustituir el impreciso concepto de la dominabilidad de determinados cursos causales por el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado y el de ámbito de protección de la norma, asoció la cuestión de la imputación a unos conceptos que ya eran usuales para los juristas familiarizados con valoraciones y que permitían un acceso inmediato a un gran número de conclusiones perfiladas y criterios valorativos, los cuales sobre todo eran conocidos en el ámbito de la dogmática de la imprudencia (...) el problema de la imputación no sólo se liberará del velo de la conceptualidad prejurídica y se vinculará a lo que le es familiar, esto es, lo normativo, sino que los juristas, en el fondo, siempre han planteado en el contexto de los delitos imprudentes”. FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, p. 215.

⁶⁰⁹FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70 G., p. 215.

⁶¹⁰Véase ROXIN, Claus: „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, pp. 133-150/ „Zum Schutzzweck der Norm bei Fahrlässigen Delikten“, en Lackner Karl, Leférenz, Heinz, Schmidt, Eberhard, Welp, Jürgen, Wolf, Ernst (eds.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1973, pp. 241-259/„Bemerkungen zum Regrettsverbot“ en „Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag“, Berlin-New York, 1979, pp. 177 y ss./ „Finalität und objektive Zurechnung“, en Gerhard Dornseifer et. al. (comps), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, pp. 237-251/*Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre* (1991), 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006/ „La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 01/2013, Barcelona, 2013, entre otros.

separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor. En esta clase de delitos hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción puede ser imputada como obra suya al inculpado; y en caso de no ser así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley. En los delitos de mera actividad (*reinen Tätigkeitsdelikten*), en cambio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción de los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial.⁶¹¹

Roxin no rechaza la teoría de la causalidad (*conditio sine qua non*), sino que, por el contrario, al menos en lo que respecta a los delitos comisivos, ella constituye el fundamento de imputación al tipo objetivo⁶¹². Si bien la causalidad es un presupuesto de la imputación, ella no es suficiente, aunque concurren todos los elementos descritos en el tipo objetivo: para poder imputar el resultado al tipo objetivo es necesario que se acrediten los demás criterios de imputación objetiva⁶¹³.

Roxin analiza las teorías comúnmente denominadas de la causalidad, a saber, la teoría de la adecuación⁶¹⁴ y la teoría de la relevancia, y llega a la conclusión que las mismas no son suficientes para fundamentar la imputación del resultado. Además, considera que las mismas no son teorías causales sino teorías de la imputación, dado que no dicen cuándo una circunstancia es casual respecto de un resultado sino que intentan dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente.

Roxin también critica a la solución finalista que intentó restringir a la *conditio sine qua non* a través del criterio subjetivo del dolo⁶¹⁵ considerando que dicha teoría dejó intacto el tipo objetivo heredado de las concepciones causales⁶¹⁶, sobredimensionando la función del tipo subjetivo⁶¹⁷.

⁶¹¹ROXIN, Claus: AT, B I., p. 349.

⁶¹²ROXIN, Claus: AT, B I., p. 349.

⁶¹³La causalidad no es la única que decide sobre el cumplimiento del tipo objetivo, sino que han de añadirse otros criterios de imputación. La causalidad en los delitos comisivos sólo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 354.

⁶¹⁴Si bien ROXIN le reconoce mérito a dicha teoría considerándola un embrión o prototipo de la teoría de la imputación objetiva. No obstante, la misma no es idónea para resolver los supuestos de disminución de riesgo. ROXIN, Claus: „Finalität und objektive Zurechnung“, p. 242.

⁶¹⁵Véase, WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1969, p. 66.

⁶¹⁶“La teoría finalista asumió sin cambios el tipo objetivo de las concepciones causales y, en definitiva, lo “sobredeterminó finalmente”, la imputación objetiva deja intacto al tipo subjetivo como tal, pero coloca el peso

Sostiene que el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica⁶¹⁸. Formula su teoría sosteniendo que:

“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 resultado concreto”⁶¹⁹.

Si bien por regla general la creación de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado es imputable, no obstante

“excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones”⁶²⁰.

Resumiendo, para Roxin “la imputación objetiva presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”⁶²¹. A partir de ello desarrolla tres criterios normativos de imputación, que se suman al presupuesto de la causalidad. Ellos son: a) la creación de un riesgo no permitido (*die Schaffung eines unerlaubten Risikos*); b) la realización del riesgo no permitido (*die Verwirklichung des unerlaubten Risikos*) y c) el alcance del tipo (*die Reichweite des Tatbestandes*).

3.3. La creación de un riesgo no permitido.

Para que una conducta sea considerada realizadora del tipo objetivo, en primer lugar la conducta debe haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, que exceda los límites del riesgo permitido. Este criterio le sirve a Roxin para excluir un conjunto de conductas que, no obstante realizar formalmente el tipo objetivo, no crean un riesgo jurídicamente relevante.

fundamental de nuevo en el tipo objetivo y le asigna tareas que, conforme a la teoría final o casual, recién se deben solucionar en el ámbito del tipo subjetivo o, acaso, en la culpabilidad”. ROXIN, Claus: „Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann“, p. 237.

⁶¹⁷ROXIN, Claus: AT, B I., p. 371.

⁶¹⁸ROXIN, Claus: AT, B I., p. 372.

⁶¹⁹Ein vom Handelden verursachter Erfolg ist dem objektiven Tatbestand nur dann zuzurechnen, wenn das Handlungsobjekt geschaffen und diese Gefahr sich auch im Konkreten Erfolg verwirklicht hat. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 372.

⁶²⁰Ausnahmsweise kann aber die Zurechnung dennoch entfallen, wenn die Reichweite des Tatbestandes nicht die Verhinderung derartiger Gefahren und ihrer Auswirkungen erfasst. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 373.

⁶²¹Man kann zusammenfassend sagen, dass die Zurechnung zum objektiven Tatbestand die Verwirklichung einer vom Täter geschaffenen, nicht durch ein erlaubtes Risiko gedeckten Gefahr innerhalb der Reichweite des Tatbestandes voraussetzt. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 373.

Conforme al mencionado criterio deben quedar descartados los casos en que el autor disminuye el riesgo (*Risikoverringung*) ya existente para la víctima y por lo tanto mejora la situación del objeto de la acción⁶²².

En dichos supuestos la imputación debe excluirse aunque el resultado se le presentara al autor como probable y él haya querido el resultado, dado que la situación del bien jurídico se ha visto mejorada. Debemos aclarar que los casos de sustitución de riesgos, como lo es el caso de un sujeto que en medio de un incendio arroja un niño por la ventana, produciéndole considerables lesiones pero de ese modo salvándole la vida, deben ser tratados como casos en que el tipo penal se realiza pero no obstante están alcanzados por una casual de justificación (estado de necesidad justificante o consentimiento presunto) en la medida que el autor haya sustituido el riesgo inicial por otro menos lesivo⁶²³.

También en función de este criterio se debe rechazar la imputación en aquellos casos en que el autor, no obstante no haber disminuido el riesgo, tampoco lo ha aumentado de modo considerable⁶²⁴ (*fehelernde Gefahrschaffung*). En estos casos el Derecho no toma en consideración riesgos sociales mínimos. Bajo este supuesto trata el caso de la tormenta, largamente discutido por la dogmática jurídico-penal, en el cual el sobrino envía al tío rico a dar un paseo por el bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo. También se tratan bajo este supuesto casos de actividades normales e irrelevantes como pasear por la ciudad, subir escaleras, bañarse, etc. Aunque dichas actividades excepcionalmente puedan provocar un accidente, el Derecho no toma en cuenta el riesgo mínimo que va unido a ellas, por lo que se descarta toda imputación de resultados que se puedan cometer mediante ellas⁶²⁵.

Roxin, para determinar si hay o no riesgo relevante, utiliza el criterio de si “un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es

⁶²²ROXIN, Claus: AT, B I., p. 376; „Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann“, p. 243; FS-Honig, p. 136. En igual sentido se manifiesta RUDOLPHI. En RUDOLPHI, Hans-Joachim: „Kausalität und objektive Zurechnung“ en „Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I Allgemeiner Teil (§§ 1 – 79b)“, 2. neubearbeitete Auflage, von Hans-Joachim Rudolph, Erich Samson, Erckhard Horn, Hans-Ludwig Schreiber, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977, p. 23. Existe una versión en castellano bajo el título de *Causalidad e imputación objetiva*, traducción de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁶²³ROXIN, Claus: AT, B I., p. 375.

⁶²⁴ROXIN, Claus: AT, B I., p. 377; en FS-Honig, ROXIN trata estos supuestos bajo el rótulo el criterio de Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante (*Schaffung oder Nichtschaffung eines rechtlich relevantes Risikos*), pp. 136-137.

⁶²⁵ROXIN, Claus: AT, B I., p. 377.

arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto”⁶²⁶.

Como último supuesto de exclusión mediante este primer criterio de imputación se encuentran los supuestos de riesgo permitido (*erlaubtes Risiko*).

“Se entiende 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 justificación⁶²⁷, excluye ya la imputación al tipo objetivo”.⁶²⁸

En estos casos el autor sí crea un riesgo relevante pero el mismo está permitido de manera general⁶²⁹, dado que el legislador permite que, al igual que en otras muchas manifestaciones del tráfico moderno, en la actividad de establecimientos peligrosos y a otros casos de utilidad social preponderante se corra un riesgo hasta un cierto límite. El ejemplo más cercano lo brinda el tráfico automotor. En estos supuestos sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del riesgo permitido.⁶³⁰ Cuán lejos llega el riesgo permitido es una pregunta que debe contestar el legislador y no el ciudadano común⁶³¹.

3.4. La realización del riesgo no permitido.

Una vez que se ha acreditado que la acción crea un peligro jurídicamente desaprobado (no permitido) se procede a la constatación del segundo requisito de imputación consistente en determinar si en el resultado producido se realiza precisamente el riesgo no permitido generado por la acción. Al igual que en el criterio antes examinado aquí también existen

⁶²⁶ROXIN, Claus: AT, B I., p. 378.

⁶²⁷A diferencia de la causa de justificación de estado de necesidad (§ 34 StGB), aquí no se precisa una ponderación de intereses en el caso concreto que pueda llevar a diversos resultados según el peso de los intereses en conflicto, la proximidad del peligro, etc. Por el contrario, la autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas del tráfico) ya no deja surgir el tipo delictivo. Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores (así si p.ej. se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (p.ej. la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta. 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. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 383.

⁶²⁸Hier soll unter dem erlaubten Risiko ein Verhalten verstanden werden, das ein rechlich relevantes Risiko schafft, aber generell (unabhängig vom Einzelfall!) erlaubt ist und daher anders als die Rechtfertigungsgründe schon die Zurechnung zum objektive Tatbestand ausschließt. ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 382-383.

⁶²⁹ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 382-384/ en FS-Honig tratados bajo el criterio Aumento o falta de aumento del riesgo permitido (Steigerung oder Nichtsteigerung des erleubtes Risikos) pp. 138-140/ „Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann“, pp. 245-247.

⁶³⁰ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 383; FS-Honig, p. 138; GS-Kaufmann, p. 245.

⁶³¹ROXIN, Claus: GS-Kaufmann, p. 245.

diversos supuestos de exclusión de la imputación objetiva, el primero de ellos es si falta la realización del peligro.

No puede ser imputado un resultado, no obstante el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, si dicho resultado no es la plasmación del riesgo no permitido sino que sólo existe una conexión causal entre ambos⁶³². Dentro de este supuesto se tratan los casos de interrupción del curso causal, en el cual la acción de autor queda en grado de tentativa por la interposición de un curso causal extraordinario que produce el resultado, como es el caso en que un sujeto dispara contra otro con dolo homicida, pero la víctima no muere a causa del disparo sino producto del incendio del hospital en que yacía. Este universo de casos son tratados por la doctrina finalista como un problema del tipo subjetivo. Al respecto Roxin sostiene que no es un problema del dolo sino que atañe al tipo objetivo⁶³³. El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor⁶³⁴. En cambio sí deben ser tenidas en cuenta las desviaciones causales, y por tanto hay que imputar el resultado si la acción de la tentativa ha aumentado el peligro del curso causal subsiguiente de modo jurídicamente relevante y, por lo tanto, el resultado es una realización adecuada del peligro creado por la tentativa⁶³⁵.

El segundo supuesto de exclusión de la imputación se da cuando falta la realización del riesgo no permitido. En casos de riesgos no permitidos, la imputación del resultado depende de que el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido. Aquí Roxin analiza diversos supuestos. El primero de ellos es el conocido caso de “los pelos de cabra” (RGSt 63, 211)⁶³⁶. Considera que la superación del riesgo no permitido no repercute en la concreta

⁶³²ROXIN, Claus: AT, B I., p. 384.

⁶³³ En su mayoría, las desviaciones causales son un problema del tipo objetivo, de manera diferente a la aceptada por la teoría finalista de la acción, y no tipo del subjetivo o de la culpabilidad. ROXIN, Claus: GS-Kaufmann, p. 239.

⁶³⁴“En el caso del ejemplo hay que preguntar si el disparo realizado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable; y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, como la cuestión debe contestarse negativamente —una estancia en un hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo—, hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado”. ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 384-385.

⁶³⁵Bajo este supuesto trata el caso en que la víctima no muere por consecuencia de las heridas provocadas por el hacha, sino a causa de una infección de las heridas provocadas por el arma blanca (RGSt 70, 258). ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 385.

⁶³⁶El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa.

configuración del resultado, es decir, si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, no es posible imputar el resultado⁶³⁷.

Existe otra constelación de hechos en que la infracción del deber que supera el riesgo permitido ciertamente es causal del resultado, pero el riesgo de producción del resultado no se ha aumentado por la superación o exceso. Aquí Roxin cita el ejemplo de Wolter en el cual el autor supera la velocidad máxima permitida, pero luego vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces atropella a un niño que había salido repentinamente detrás del automóvil, metiéndose delante de su coche; y el accidente es objetivamente inevitable para el conductor⁶³⁸. En este supuesto la conducción indebida (demasiado rápida) no aumenta las posibilidades de producción del resultado mediando conducción reglamentaria. Como sostiene Roxin “la prohibición de exceso de velocidad no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado momento por un determinado lugar”⁶³⁹.

Existe otro grupo de casos en los que la superación del riesgo permitido no es totalmente irrelevante pero, no obstante, el curso del hecho es tan atípico que ya no puede ser concebido como realización del riesgo prohibido, como es el caso en que un conductor realiza una maniobra indebida y como consecuencia de ello otro conductor muere de un ataque cardíaco producto de dicha maniobra⁶⁴⁰.

Un universo de casos similares a éste lo constituyen aquellos supuestos en que falta la realización del riesgo cuando un comportamiento peligroso del autor, solo sobre la base de un curso causal aventurero, imprevisible, conduce al resultado típico.

Roxin, en la no realización del riesgo en el resultado analiza una constelación de casos en los que la conducta del autor ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado pero, no obstante, no tiene lugar la imputación porque el fin de protección de la norma de cuidado (*Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*) no está destinada a impedir ese clase de

⁶³⁷En este caso, de haber realizado la desinfección conforme a la norma, el resultado igualmente se hubiese producido, dado que los bacilos de carbunco eran desconocidos en esa fecha. En ROXIN, Claus: AT, B I., p. 387. Queremos destacar que en su primer trabajo sobre imputación objetiva “Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva” a este caso lo trata como un supuesto de no aumento del riesgo permitido. Ver ROXIN, Claus: FS-Honig, pp. 139-140.

⁶³⁸ROXIN, Claus: AT, B I., p. 387.

⁶³⁹ROXIN, Claus: AT, B I., p. 388.

⁶⁴⁰ROXIN, Claus: AT, B I., p. 388.

resultados⁶⁴¹. Bajo este supuesto analiza el caso de “los ciclistas” (BGHSt 63, 392) en el cual dos ciclistas circulaban por la noche uno detrás del otro sin luces en las bicicletas. El ciclista que iba delante (A), debido a la falta de iluminación, colisiona con otro ciclista que venía de frente (C). El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista que iba detrás hubiese llevado luces en su bicicleta. Roxin resuelve el caso rechazando la imputación del resultado al ciclista B, dado que el fin de protección de la norma que exige iluminación está destinado a evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta pero no que se iluminen a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros⁶⁴².

Este supuesto en particular será analizado en profundidad en el capítulo siguiente, dado que en estos supuestos la teoría de Roxin ha sufrido variaciones a lo largo de los años. No obstante, él mismo aclara que esta constelación de casos no puede ser identificada con la categoría del alcance del tipo (*die Reichweite des Tatbestandes*). Al respecto sostiene

“Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar un médico especialista, etc.) y no del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias. Estos supuestos se discuten aquí desde la perspectiva del “alcance del tipo” (...) no deberían mezclarse con los casos en que la imputación se excluye ya porque el fin de protección de los mandatos de cuidado no cubre el resultado producido”⁶⁴³.

También dentro de la realización del riesgo en el resultado, Roxin trata la problemática de la conducta alternativa conforme a derecho y la “teoría del incremento del riesgo” (*Risikoerhöhungstheorie*)⁶⁴⁴ resolviendo imputar el resultado al autor en aquellos casos en que la conducta alternativa conforme a derecho, con probabilidad, no con seguridad, hubiera evitado el resultado. No nos vamos a detener a desarrollar esta problemática aquí, sino que la misma será analizada en profundidad cuando realicemos el estudio comparativo de la realización del resultado en las diversas teorías de la imputación objetiva que forman las unidades de análisis de esta investigación.

⁶⁴¹ROXIN, Claus: AT, B I., p. 391.

⁶⁴²ROXIN, Claus: AT, B I., p. 390-391.

⁶⁴³ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 391-392.

⁶⁴⁴ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 392-401.

3.5. El alcance del tipo.

El último criterio de imputación desarrollado por Roxin es el alcance del tipo (*die Reichweite des Tatbestandes*). Aun cuando la conducta del autor hubiese generado un riesgo no permitido que se realiza en el resultado, la imputación puede no tener lugar en el caso concreto, dado que el alcance del tipo, fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos⁶⁴⁵.

Bajo esta categoría Roxin analiza tres diversos supuestos de exclusión, aunque reconoce que en este ámbito la problemática no está cerrada y pueden existir más supuestos de exclusión, ellos son: a) la cooperación en la auto-puesta en peligro dolosa (*die Mitwirkung bei vorsätzlicher Selbstgefährdung*); b) la heteropuesta en peligro consentida (*die einverständliche Fremdgefährdung*) y c) la atribución la esfera de responsabilidad ajena (*die Zuordnung zum fremden Verantwortungsbereich*). Estos supuestos serán analizados en profundidad en el capítulo I de la cuarta parte de esta tesis.

4. Valoración crítica.

Claus Roxin desarrolla su modelo de derecho penal y de teoría del delito en un momento en que el dominio de la dogmática jurídico-penal de tradición finalista comienza a estar en crisis. Especialmente referido a sus fundamentos epistemológicos y metodológicos, o sea, a la derivación deductiva de conceptos a partir de estructuras lógico-objetivas como también en lo referido a lo insatisfactorio, desde el punto de vista político-criminal, de determinadas soluciones dogmáticas. Ante esta situación Roxin propone un modelo de síntesis que le permite superar las críticas señaladas. En lo que respecta a sus fundamentos epistemológicos y metodológicos, la incorporación de valoraciones político-criminales sigue estando en un nivel de abstracción bastante elevado, por lo que en última se podrían hacer las mismas críticas que en su momento se le realizaron al neokantismo básicamente, su relativismo axiológico. Además, no compartimos determinados contenidos valorativos, especialmente la incorporación de la necesidad preventiva de pena en el estadio de su categoría denominada “responsabilidad”.

⁶⁴⁵ROXIN, Claus: AT, B I., p. 401.

Pasando a lo que constituye el objeto de nuestra tesis, Roxin continua la tradición inaugurada por Honig de limitar el concepto de imputación a la determinación de la relación entre una la conducta y el resultado. Esa relación, que en el modelo de Honig se mantenían en un plano ontológico, es re-normativizada a través de los criterios cuya finalidad es limitar la atribución de consecuencias que conlleva la teoría de la *conditio sine qua non*. De ese modo, su concepto de imputación objetiva se reduce a la determinación de una conducta jurídicamente desaprobada que se realiza en el resultado que, a su vez, se encuentra protegida por la finalidad del tipo.

El concepto de imputación que, tanto en la filosofía idealista como en determinados modelos dogmáticos, abarcaba la totalidad del hecho delictivo, ahora parece reducirse al primero de los niveles, es decir a la atribución del hecho (típico). Habrá que determinar si los criterios seleccionados por este autor bajo el paraguas de la imputación objetiva, constituyen verdaderos criterios de imputación (adscripción). Cuestión que será abordada en los capítulos siguientes.

5. Resumen.

- El modelo racional final o teleológico (funcional) del derecho penal surge en un momento de crisis de la dogmática jurídico-penal. El mismo constituye un sistema penal como un sistema “abierto”, apto para una permanente remodelación en función de las necesidades político-criminales y de la evaluación de los conocimientos.
- La vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis (unidad dialéctica). Dicha unidad sistemática debe incluirse en la estructura de la teoría del delito. Es decir, las diversas categorías que conforman la teoría del delito deben estar impregnadas por necesidades político-criminales.
- Roxin se esfuerza por mantener un concepto de acción pre-típico aunque “normativo” no basado en estructuras óntico-ontológicas, definiéndola como una “manifestación de la personalidad”. En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena (prevención general). La antijuridicidad, por su lado, satisface la función político-criminal de la resolución pacífica de conflictos. A la última categoría del sistema la llama “responsabilidad”, sustituyendo la tradicional categoría de la

culpabilidad por una más amplia que comprende la culpabilidad a la que se le suma la necesidad preventiva de la sanción penal.

- Claus Roxin retoma aquel concepto de “imputación objetiva” acuñado por Honig. El concepto de “*objektive Bezweckbarkeit*” ahora depende de si la conducta del autor crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico. De esta manera renormativiza el concepto de “imputación objetiva” a través del criterio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (y de su realización en el resultado) así como del ámbito de protección de la norma, dotando a dicha teoría de una dimensión completamente diversa a la pretendida por Honig.
- La imputación objetiva del resultado es un problema de la parte general en los delitos de resultado. En esta clase de delitos hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción puede ser imputada como obra suya al inculpado; y, en caso de no ser así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley. En los delitos de mera actividad, en cambio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción de los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial.
- No rechaza la teoría de la causalidad, ella constituye el fundamento de imputación al tipo objetivo. Si bien la causalidad es un presupuesto de la imputación, ella no es suficiente aunque concurren todos los elementos descritos en el tipo objetivo.
- Para que una conducta sea considerada realizadora del tipo objetivo, en primer lugar la conducta debe haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, que exceda los límites del riesgo permitido. No crean un riesgo jurídicamente relevante los casos de disminución del riesgo, aquellos casos en que el autor no obstante no haber disminuido el riesgo tampoco lo ha aumentado de modo considerable, y los supuestos de riesgo permitido.
- Una vez que se ha acreditado que la acción crea un peligro jurídicamente desaprobado (no permitido) se procede a la constatación del segundo requisito de imputación consistente en determinar si en el resultado producido se realiza precisamente el riesgo no permitido generado por la acción. El resultado no se realiza en los casos de interrupción del curso causal, cuando falta la realización del riesgo no permitido (no

repercusión del riesgo en la concreta configuración del resultado, cursos causales atípicos, etc.) y los casos en que el fin de protección de la norma de cuidado (*Schutzzweck der Sorgfaltnorm*) no está destinado a impedir ese clase de resultados.

- Roxin imputa el resultado al autor en aquellos casos en que la conducta alternativa conforme a derecho, con probabilidad, no con seguridad, hubiera evitado resultado.
- Aun cuando la conducta del autor hubiese generado un riesgo no permitido que se realiza en el resultado, la imputación puede no tener lugar en el caso concreto, dado que el alcance del tipo no abarca resultados de la clase de los producidos. Los supuestos analizados por Roxin son: a) la cooperación en la auto-puesta en peligro dolosa; b) la heteropuesta en peligro consentida y c) la atribución la esfera de responsabilidad ajena.

CAPÍTULO III: El modelo de Wolfgang Frisch.

1. El sinalagma delito-pena: el concepto material de delito.

Frisch tiene como finalidad la construcción de un “concepto material de delito” sobre la base de un método lógico, y a partir de los elementos específicamente configuradores de la idea de pena, rescatando el concepto de delito de fundamentaciones estrictamente funcionalistas⁶⁴⁶.

En el marco del “concepto material de delito” se discute qué es aquello que convierte a un hecho en delito, delimitándolo respecto del resto de los hechos ilícitos (injusto civil, el Derecho policial, el Derecho Administrativo). Dicha limitación no se trata de una problemática exclusiva de la dogmática jurídico-penal sino que entran a consideración aportes de otras disciplinas, tales como la política jurídica, la teoría del derecho o la filosofía del Derecho⁶⁴⁷. Por otro lado, considera que el concepto de “bien jurídico” no resulta idóneo para trazar dicha frontera.

Frisch define el concepto material de delito como un “injusto merecedor y necesitado de pena”⁶⁴⁸. Se trata de un concepto crítico y previo al derecho positivo a partir de criterios de corrección que se encuentran en el marco de una Constitución plural y, cuando estos falten, mediante una reflexión jurídico-filosófica sobre las condiciones de legitimidad y los límites del Derecho Penal⁶⁴⁹. Resulta necesario aclarar que no se trata de una derivación lógica de tales criterios sino que sólo indican límites que pueden resultar más o menos racionales, más o menos justos⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Jürgen Wolter y Georg Freund editores, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 25.

⁶⁴⁷FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, en „Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht“, 1. Auflage, herausgegeben von Jürgen Wolter und Georg Freund, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1996, p. 135.

⁶⁴⁸Diese Einsicht macht nun freilich eines klar: daß ungeachtet einer Reihe neuer Begriffe und verfassungsrechtlicher Rückbindungen die Last der Eingrenzung des Strafbaren auch heute noch weitgehend auf den zwei Begriffen ruht, die schon vor etwa 200 Jahren zu diesem Zweck bemüht wurden – Strafbedürftigkeit (Straferforderlichkeit) und Strafwürdigkeit. FRISCH, Wolfgang: „An den Grenzen des Strafrechts“, en „Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag“ herausgegeben von Wilfried Küper und Jürgen Welp, in Verbindung mit Friedrich Dencker, Klaus Marxen, Hans Joachim Schneider, Heribert Schumann, Eberhard Streuensee und Thomas Vormbaum, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, p. 77.

⁶⁵⁰FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, pp. 139-140.

Frisch admite el criterio del “consenso” como limitador de aquello merecido y necesitado de pena, en especial para la definición de un núcleo consensuado del Derecho Penal. Éste núcleo se caracteriza por la importancia de los bienes afectados y la medida de su afectación, así como también por el hecho de que las conductas (delictivas) sean consecuencia de una manifestación errónea (cualificada) en contra de aquellos bienes⁶⁵¹.

Elemento central de su concepto material de delito es el ilícito cualificado como condición mínima del merecimiento y necesidad de pena. Sin embargo, el concepto de pena es aún más limitado, dado que no todo ilícito cualificado expresa merecimiento y necesidad de pena⁶⁵². Frisch pretende no extender demasiado el concepto de pena, dado que se trata de la intervención más gravosa. Por ello, su solución es limitar la sanción penal a aquello que resulta irrenunciable⁶⁵³.

Para Frisch el ilícito cualificado representa un quebrantamiento de las relaciones de reconocimiento recíproco, es una negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos. Entendiendo que:

“El derecho es, visto de una manera más profunda, una red de relaciones de reconocimiento recíproco: el reconocimiento mutuo de personas como personas en derecho, como portadores de derechos y libertades. En este sentido, no se trata de un reconocimiento recíproco inmediato de individuos y de sus libertades particulares. También el Estado, las personas jurídicas, etc., pueden concebirse como sujetos de aquel reconocimiento recíproco (indirecto), lo mismo que los denominados bienes universales. Únicamente un reconocimiento recíproco garantiza que los individuos puedan existir como personas en Derecho también allí donde no hay coacción estatal (pues ésta tan sólo constituye la última solución)”⁶⁵⁴.

⁶⁵¹FRISCH, Wolfgang: FS-Stree/Wessels, p. 85 y ss.

⁶⁵²FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 145.

⁶⁵³FRISCH, Wolfgang: FS-Stree/Wessels, p. 85.

⁶⁵⁴Recht ist tiefer gesehen ein Geflecht von Verhältnissen wechselseitiger Anerkennung: der gegenseitigen Anerkennung von Personen als Rechtsperson, als Träger von Rechten und Freiheiten. Dabei geht es durchaus nicht nur um die unmittelbare wechselseitige Anerkennung von Individuen und ihrer speziellen Freiheiten. Auch der Staat, juristische Personen usw. lassen sich als Subjekte solcher (vermittelt) wechselseitigen Anerkennung denken, desgleichen sogenannte Universalgüter. Allein diese wechselseitige Anerkennung gewährleistet, daß der einzelne als Rechtsperson auch dort bestehen kann, wo staatlicher Durchsetzungszwang fehlt (denn dieser kann immer nur die letzte Lösung sein) FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 146.

De esta manera la anulación de determinados derechos del autor que conlleva la pena sólo se justifica si el propio autor ha negado de forma comparable el reconocimiento de los derechos de los demás y, de ese modo, el reconocimiento de que son personas en el Derecho⁶⁵⁵.

El concepto de injusto cualificado lleva a una identificación del mismo con los delitos dolosos de lesión, entrando determinadas modalidades delictivas en tensión con ese concepto; especialmente lo son la imprudencia leve y los delitos de peligro abstracto⁶⁵⁶.

1.1. “Injusto” y “culpabilidad” como categorías de la teoría del delito conforme a un concepto material de delito.

Todo delito presupone ilícito y culpabilidad, o dicho de otro modo todo delito es un ilícito culpable. Se trata de postulados iusfilosóficos que una dogmática jurídico-penal orientada a la justicia y a la estabilización de la norma no puede ignorar⁶⁵⁷. De otro modo, reaccionar contra una conducta conforme a derecho no sólo sería injusto sino también contradictorio. Pero además, respecto de una conducta que es contraria a derecho, sólo puede reaccionarse frente a ella si el autor estaba en condiciones de cumplir con la norma jurídica. Castigar al autor en casos en que no esté en condiciones de cumplir con el mandato de la norma también sería injusto⁶⁵⁸.

El ilícito no se agota en la constatación de los elementos del tipo penal y en la ausencia de las causales de justificación. El análisis del ilícito también se trata, como analizaremos más adelante, de la afirmación del comportamiento típico y de la imputación del resultado.

La segunda categoría es la culpabilidad referida al ilícito. Ésta presupone que el autor estaba en la situación (mediante la orientación a las normas del Derecho) de obrar de manera conforme al derecho. Si falta esa capacidad, decae esta categoría que es irrenunciable para aplicar pena⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, pp. 148-149.

⁶⁵⁶Para mayor profundidad véase FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, pp. 149-151.

⁶⁵⁷FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, pp. 161-162.

⁶⁵⁸Con este argumento FRISCH rechaza la fundamentación del derecho penal en el reforzamiento de la vigencia de la norma, puesto que el autor que obra sin culpabilidad no pone en cuestión auténticamente la norma (de forma que entonces tampoco existe ninguna necesidad de estabilización de la misma). FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 162.

⁶⁵⁹FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 164.

En su esquema, como hemos hecho referencia, no todo ilícito culpable es delito; sin embargo, contrariamente a lo que propone Wolter⁶⁶⁰, Frisch no aboga por la introducción de una categoría de síntesis del merecimiento y necesidad de pena (adecuación de la pena)⁶⁶¹.

2. Teoría del comportamiento típico y teoría de la Imputación objetiva.

Wolfgang Frisch toma como punto de inicio de su teoría la situación desbordante por la que atraviesa la llamada “teoría de la imputación objetiva”, surgida bajo el influjo de corrientes de la dogmática jurídico-penal que, en la configuración del delito, ubican al desvalor de resultado en primer plano⁶⁶². Bajo este modelo, la imputación o no imputación del resultado era el instrumento idóneo para discernir entre injusto y no injusto⁶⁶³. Sin embargo, un modelo construido de esta manera amenaza con convertirse en una supercategoría, avanzando sobre los restantes componentes del sistema⁶⁶⁴.

Su crítica se centra básicamente en el primer requisito propuesto por la mencionada teoría, a saber, la creación objetivamente desaprobada de un riesgo que, como analizaremos más adelante, la excluye como elemento de la imputación del resultado, analizándola dentro de la teoría del “comportamiento típico” (*Tatbestandsmäßiges Verhalten*). Conforme a su entender, una doctrina “global” de la imputación conlleva la amenaza, al no distinguir entre ambas categorías, o bien de unificar problemas del comportamiento típico y de la verdadera teoría de la imputación⁶⁶⁵, o bien incluso de tratarlos con arreglo a una directriz incorrecta⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰WOLTER, en su intento de elaborar un sistema integral del derecho penal (*gesamtes Strafrechtssystem*), propone la elaboración de un sistema que integre tres perspectivas: la del derecho penal material, la del derecho procesal penal y la de la determinación de la pena. Véase WOLTER, Jürgen: „Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe: Strukturen eines ganzheitlichen Straftat-, Strafprozeß- und Strafmessungssystems“, en „Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtswert – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht“, 1. Auflage, herausgegeben von Jürgen Wolter und Georg Freund, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1996, pp. 1-42.

⁶⁶¹FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, pp. 162-163.

⁶⁶²El injusto se consideraba así, la modificación de un estado jurídicamente querido o la realización de uno jurídicamente desaprobado, *no* la modificación desaprobada de un estado. Para una imagen como ésta la no imputación del resultado significa la negación del injusto. FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988, p. 23.

⁶⁶³Die Lehre von der Zurechnung oder Nicht-Zurechnung des Erfolgs war für ein auf den Erfolgsunwert abhebendes Unrechtsverständnis das sachgerechte Instrument zur Abschichtung von Unrecht und Nicht-Unrecht...FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 24.

⁶⁶⁴FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 31.

⁶⁶⁵Frente a la prominente crítica en la inapropiada tematización de las cuestiones de los riesgos desaprobados como problema central de la imputación del resultado ya hay que contar con una objeción: sería últimamente una significación secundaria si el problema del riesgo desaprobado pertenece sistemáticamente aquí o allá – sería

Más allá de las críticas que formula a las teorías de la imputación objetiva, Frisch les reconoce:

“...el haber contribuido a un cierto renacimiento de la idea y del concepto de imputación en derecho penal, especialmente a la explicación del delito como un suceso imputable a una persona, bajo determinadas circunstancias, del que ésta debe responder. Por consiguiente, si el delito se define en general como un problema de imputación en un determinado suceso, se debe calificar obviamente también como problema de imputación aquella parte del delito de la que trata la teoría de la imputación objetiva del resultado”⁶⁶⁷.

El modelo propuesto por este autor se centra en distinguir entre dos categorías diversas, sometidas a distintas razones de ser y, a consecuencia de ello, a diversos principios⁶⁶⁸. Ellas son el comportamiento típico (*Tatbestandsmäßiges Verhalten*) y la imputación del resultado (*Zurechnung des Erfolgs*) que responden a diversas lógicas y, por lo tanto, deben correr por carriles diversos⁶⁶⁹.

Como señala Seher, Frisch ha puesto el acento, a partir de un análisis desde la perspectiva de la teoría de las normas, en la dicotomía fundamental que existe entre normas de comportamiento (*Verhaltensnormen*) y normas de sanción (*Sanktionsnormen*) dado que ambas funcionan en diferentes perspectivas. Las normas de comportamiento prohíben la ejecución de acciones futuras, y por eso deben ser formuladas y legitimadas desde la perspectiva *ex ante*; las normas de sanción, por el contrario, organizan la reacción a conductas pasadas y adoptan por ello el punto de vista *ex post*⁶⁷⁰.

esencial que ellos en realidad fuesen tratados en la marco de los ilícitos (típicos). Una tal objeción sería sin embargo poco convincente – a saber, por muchas razones. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 44.

⁶⁶⁶FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 49.

⁶⁶⁷FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, p. 217. Existe una versión en español bajo el título de “*Teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acerado y lo problemático*”, traducción de Ricardo Robles Planas, en “Desvalorar e imputar”, Buenos Aires, edit. B de F, 2006.

⁶⁶⁸FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 49. En sentido similar MURMANN, Uwe: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 2. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013, p. 158.

⁶⁶⁹ROXIN critica esta división de categorías dado que no es posible realizar esa separación en función de que el desvalor de acción y el desvalor de resultado están indisolublemente ligados entre sí. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 375.

⁶⁷⁰Véase SEHER, Gerhard: „Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen“, en „Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag“, Herausgegeben von Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy und Walter Perron, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2013, p. 210. En sentido similar SCHÜNEMANN sostiene que desde el punto de vista de la teoría de las normas, en la imputación objetiva entendida en sentido estricto, se trata de que la norma de prohibición a construir *ex ante* y la norma de sanción a constituir *ex post* no son idénticas, pero deben referirse una a la otra, de

La necesidad y la razón para una reacción específicamente penal existe solo cuando en general una norma de conducta ha sido infringida⁶⁷¹. En este esquema, la imputación tiene como objeto algo ya dado (un suceso, un comportamiento, una acción subjetiva) y encuentra su aplicación en el ámbito de la de la norma de sanción. Bien ilustra esta relación lógica Frisch cuando afirma:

“que la esencia y el fin de la norma de conducta deba ser la línea directriz primordial para perfilar la doctrina de la imputación objetiva (en sentido estricto) no es evidente sin más, puesto que el requisito que se dé un resultado imputable a la conducta se halla ostensiblemente fuera de la norma de conducta, constituyendo un requisito autónomo de la norma sancionatoria que se añade a la infracción de la norma de conducta. Ello es así máxime cuando el postularlo articula precisamente una tendencia contraria: a saber, dispone la limitación de la relevancia jurídico-penal de las infracciones de normas de conductas. Estas limitaciones sólo cabe interpretarlas y entenderlas conceptualmente como expresión de una idea básica autónoma, que limita la sanción de infracciones de normas de conducta y el requisito autónomo para la sanción constituido por el resultado (imputable), establecida por la conexión de los dos elementos distintos en una norma unitaria de sanción”⁶⁷².

El resultado del hecho pertenece al ámbito de la norma de sanción, no estando comprendido por el mandato de la norma de comportamiento: ésta se reduce a la prohibición de comportamientos jurídicamente desaprobados. Esto significa que el resultado como tal no está prohibido, sino únicamente es relevante como presupuesto de la sanción, siempre y cuando él se pueda unir, a partir de determinados criterios, con la ejecución de la acción jurídicamente

modo que tal prohibición formulada *ex ante* represente también desde tal perspectiva *ex post* aún una medida apropiada para impedir el resultado que se ha producido. SCHÜNEMANN, Bernd: „Über die objektive Zurechnung“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Güner Pötz, Heidelberg, Verlag R. v. Decker, 1999, p. 216. En sentido similar a FRISCH se pronuncia FREUND. Véase FREUND, Georg: *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Personale Strafrechtlehre*, 2. aktualisierte Auflage, Heidelberg, Springer Verlag, 2009, pp. 3 a 6.

⁶⁷¹En igual sentido FREUND sostiene que la infracción contra una norma de conducta jurídicamente legítimada es una condición mínima y con ello criterio de prueba de todo hecho punible. FREUND, Georg: AT, p. 34.

⁶⁷²Daß das Wesen und der Zweck der Verhaltensnorm auch die primäre Leitlinie für die Konturierung der Lehre von der objektiven Zurechnung (im engeren Sinne) sein soll, ist jedoch zunächst einmal nicht ohne weiteres einleuchtend. Denn das Erfordernis eines dem Verhalten zurechenbaren Erfolgs steht ganz ersichtlich außerhalb der Verhaltensnorm: Es bildet ein eigenständiges Erfordernis der Sanktionsnorm, das neben die Verletzung der Verhaltensnorm tritt. Als solches eigenständiges Sanktionserfordernis kann es schon aus normlogischen Gründen nicht genau demselben Grundgedanken verpflichtet sein wie die Verhaltensnorm. Das gilt um so mehr, als sien Postulierung ja geradezu eine gegenläufige Tendenz artikuliert: nämlich Einschränkungen der strafrechtlichen Relevanz der Verhaltensnormverletzungen verordnet. Diese Einschränkungen lassen sich gedanklich nur als Ausdruck eines die Sanktionierung von Verhaltensnormverletzungen begrenzenden, eingständigen Grundgedankens deuten und verstehen. Alles, was zuzugeben ist, sit ein gewisser Zusammenhang zwischen der Verhaltensnormverletzung und der eigenständigen Sanktionsvoraussetzung des (zurechenbaren) Erfolgs – gestiftet durch den Verbund der beiden verschiedenen Merkmale in einer einheitlichen Sanktionsnorm. FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 510-511; de manera similar se pronuncia en *Vorsatz und Risiko* cuando afirma que el tipo objetivo, entendido como tipo *ex post*, es una categoría de la norma de sanción. VR, p. 60.

desaprobada. Esta conexión entre conducta desaprobada y resultado se produce a través de la imputación⁶⁷³.

2.1. El comportamiento típico.

Bajo esta categoría Frisch analiza cuándo un comportamiento es reprobado por el respectivo tipo delictivo. El análisis del ilícito no debe limitarse a los niveles de constatación del cumplimiento de los elementos del tipo respectivos y de la ausencia de las causales de justificación, dado que la amplitud de los tipos penales, en función de su autonomía conceptual, puede abarcar conductas que pertenecen al ámbito de la libertad general y, por ello, no pueden estar prohibidas. Por ello, conforme al pensamiento de Frisch, la categoría del comportamiento típico se centra en:

“la pregunta sobre si una conducta comprendida por la literalidad del tipo cae o no en el ámbito de las conductas conformes a Derecho según las valoraciones generales”⁶⁷⁴.

El concepto de comportamiento típico está en estrecha vinculación con la norma de comportamiento. El presupuesto de un comportamiento típico del resultado imputable crea (fuera de la norma de conducta) un requisito independiente de la norma de sanción, que entra junto a la violación de la norma de conducta⁶⁷⁵. Conforme al modelo de explicación de Frisch:

“La vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado”⁶⁷⁶.

La prohibición y la limitación de la libertad sólo son idóneas, necesarias y adecuadas cuando en relación con los principios jurídicos vigentes, resultan necesarias para impedir determinadas lesiones de bienes⁶⁷⁷. Es decir, la conducta sólo debe ser prohibida cuando conlleve riesgos especiales (*besonderen Risiken*) de producción de lesiones típicas. Conforme al entendimiento de Frisch, estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino, sobre todo, a la concurrencia de ciertas circunstancias en torno a la

⁶⁷³SEHER, Gerhard: FS-Frisch, p. 211.

⁶⁷⁴FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 162.

⁶⁷⁵WOLTER, Jürgen: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Hedeilberg, R. V. Decker’s Verlag G. Schenk, 1991, pp. 538

⁶⁷⁶Die Behaftung des Verhaltens mit einer (bestimmten) mißbilligten Gefahr bzw. Gafährlichkeit ist in diesem Sinne das Kernelement des *tatbestandsmäßigen Verhaltens der Erfolgsdelikte*. FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 232.

⁶⁷⁷FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 222.

posibilidad de producción del daño⁶⁷⁸. “Típico” en el sentido de los delitos de resultados son sólo tales modos de comportamientos que en las circunstancias del caso particular, en referencia a un bien jurídico protegido por el tipo, sustentan la posibilidad de causación de resultados desvalorados en sí⁶⁷⁹.

Fundamenta el análisis del peligro desaprobado (*mißbilligten Gefahr*) al nivel del tipo penal, puesto que conforme a su concepto el tipo (*Tatbestand*) no es otra cosa que ilícito (*Unrechtstypus*), conducta ilícita tipificada, es decir, la descripción de la conducta prohibida⁶⁸⁰. Por ello, de no generarse ningún riesgo desaprobado, pese a que la conducta sea en principio típica, no se configura ilícito alguno.

Dado que el ilícito conlleva un riesgo especial de producción de lesiones típicas, quedan descartadas las acciones que conlleven riesgos mínimos (insignificantes), riesgos tolerados, así como también los casos de disminución del riesgo. Por ello:

“Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta, estas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto (de la acción) objetivo requerido por los tipos consumados. No cambia un ápice lo anterior el hecho de que tales acciones acarreen resultados típicos. Un resultado así producido no conforma el injusto del resultado (imputable) porque no se trata de la manifestación de una conducta injusta”⁶⁸¹.

Tampoco son considerados comportamientos típicos aquellos casos en que la conducta responsable de la víctima o de terceros posibilite la realización del resultado, con fundamento en la existencia de razones que legitimen una limitación de la libertad en la medida que la producción de menoscabos de bienes dependan aún del actuar de una persona autorresponsable y de su decisión responsable sobre ello⁶⁸².

⁶⁷⁸FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 223.

⁶⁷⁹FRISCH, Wolfgang: „Vorstaz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitenvorstellungen“, 1ª edición, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, p. 120.

⁶⁸⁰FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z.70. G., p. 225.

⁶⁸¹Wo solche Risiken keinen legitimierenden Grund für eine Mißbilligung des Verhaltens abgeben, taugen die mit ihnen behafteten Verhaltensweisen von vornherein nicht zur Begründung des in den Vollendungstatbeständen vorausgesetzten objektiven (Handlungs-) Unrechts. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn es im Gefolge solcher Handlungen tatsächlich zum Eintritt tatbestandsmäßiger Folgen kommt. Ein so eintretender Erfolg verkörpert kein (zurechenbares) Erfolgsunrecht, weil er schon gar nicht die Manifestation unrechten Verhaltens ist. FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., pp. 223-224.

⁶⁸²FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 229/ p. 333.

En la determinación de comportamiento típico no se está ante la imputación (atribución) de conductas sino de la correcta interpretación de la norma de conducta para determinar cuándo un comportamiento está prohibido por el tipo respectivo.

2.2. La imputación del resultado.

Conforme a la teoría de la imputación del resultado desarrollada por Frisch, la problemática de la imputación objetiva del resultado solamente comienza una vez que se ha determinado el “comportamiento típico”. Sólo una vez que se ha corroborado que el autor se ha comportado de manera incorrecta se procede a analizar si ha de imputársele o no el resultado⁶⁸³.

Frisch se propone limitar la imputación del resultado a aquello que realmente es un problema de imputación (adscripción), es decir, a la pregunta que surge una vez que se ha afirmado el comportamiento típico y que se refiere a si el resultado producido es la consecuencia específica de ese actuar desaprobado e imputable a la persona, y a ella puede imputarse como expresión de la conducta injusta del mismo modo que la propia conducta desaprobada⁶⁸⁴. De conformidad con este modelo:

“Objeto de la doctrina de la imputabilidad objetiva del resultado no es sino la determinación exacta de la relación que ha de existir entre un resultado desaprobado previo a la doctrina de la imputación, dado por supuesto ésta, y un resultado producido (que a su vez ha de mostrar ciertos perfiles descritos en el tipo). Y ello constituye un problema absolutamente normativo”⁶⁸⁵.

Como primer ámbito parcial a analizar en la imputación de las consecuencias corresponde analizar el requisito de la relación causal. Respecto de este requisito Frisch señala que los auténticos problemas imbricados en el requisito de causalidad residen no tanto en el ámbito normativo como en el ontológico, es decir, son problemas de verificación de hechos y de prueba⁶⁸⁶.

⁶⁸³FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 50.

⁶⁸⁴FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 237; SANCINETTI critica este punto de vista sosteniendo que, desde una concepción subjetivista, todo problema interesante, en los términos de la teoría de la imputación objetiva, es siempre un problema de creación del riesgo reprobado y no de realización del resultado como sostiene FRISCH. SANCINETTI, Marcelo A.: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 98.

⁶⁸⁵Gegenstad der Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs ist (nichts weiter als) die exakte Bestimmung jener Beziehung, die zwischen einem vorausgesetzten und thematisch der Zurechnungslehre vorausliegenden mißbilligsten Verhalten und einem eingetreten Erfolg bestehen muß (der sienerseits gewisse im Tatbestand umschriebene Konturen aufzuweisen hat). Dabei handelt es sich ersichtlich um ein durch und durch normatives Problem. FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 50-51.

⁶⁸⁶FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 52.

Como segundo punto a analizar en la imputación del resultado ubica a la “relación de realización” (*Realisierungszusammenhang*). Este concepto hace alusión a una relación específica que, además de la causalidad de la conducta respecto del resultado, requiere algo adicional:

“...que en el resultado se haya materializado precisamente el riesgo en virtud del cual está prohibido el comportamiento; la producción del resultado debe presentarse, en este sentido, como realización del riesgo desaprobado. De este modo la imputación del resultado ya no resulta posible cuando el resultado no es la realización del riesgo desaprobado, sino de un riesgo tolerado por ejemplo, en caso de “agotamiento” del riesgo desaprobado, de riesgo general de la vida, o, si se hubiera producido hipotéticamente el resultado también de haberse llevado a cabo el comportamiento cuidadoso, del carácter permitido de determinadas actividades con carácter absoluto (p. ej., en la circulación rodada)”⁶⁸⁷.

De este modo, desde la perspectiva de Frisch, la relación causal no es más que un sub-requisito de la relación de realización entre el riesgo inherente a la acción y el resultado producido, exigible por ciertas consideraciones materiales⁶⁸⁸.

Bajo este esquema de análisis, a diferencia de los modelos anteriormente tratados, la determinación de una conducta conforme a derecho, pertenece al ámbito de determinación del comportamiento típico, puesto que se trata de la especificación del comportamiento prohibido y no de la imputación o no de las consecuencias. En estos casos la no imputación del resultado no es sino consecuencia de la falta de una acción prohibida por la norma de conducta del tipo correspondiente⁶⁸⁹.

Tampoco pertenece la dimensión de la imputación del resultado al ámbito de protección de la norma (*der Schutzbereich der Norm*), puesto que se trata de captar con más precisión las dimensiones de riesgo bajo las cuales está desaprobada determinada conducta⁶⁹⁰.

De la siguiente manera resume Frisch su teoría:

⁶⁸⁷Im Erfolg muß sich gerade jenes Risiko niedergeschlagen haben, dessentwegen das Verhalten verboten ist – der Erfolgseintritt muß sich in diesem Sinne als Realisierung des mißbilligen Risikos darstellen. Die Zurechnungsbarkeit des Erfolgs entfällt danach, wenn der Erfolg nicht die Realisierung des mißbilligten, sondern eines tolerierten Risikos ist – etwa, im Falle der „Erschöpfung“ des mißbilligten Risikos, eines allgemeinen Lebensrisikos oder, bei Erfolgseintritt auch im Fall hypothetisch sorgfaltsgemäßen Verhaltens, der Zulassung bestimmter Tätigkeiten (z. B. Im Straßenverkehr) überhaupt. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 55.

⁶⁸⁸FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 55-56.

⁶⁸⁹FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 58.

⁶⁹⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 65.

“En la doctrina de la imputación se inscriben como relaciones, de entre las mencionadas, sólo la relación causal y la de la relación entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado; su captación más precisa constituye –junto con la cuestión de la relevancia de ciertas causas subsidiarias– la materia de la doctrina de la imputación. En la cual sigue estando abierta la cuestión de si la relación causal no constituirá asimismo en realidad sólo un sub-requisito aclaratorio de realización (ocupándose entonces la doctrina de la imputación únicamente de esta relación). Por el contrario, la concreción de los riesgos desaprobados en cada caso, junto a la indicación de las conductas abarcadas y no abarcadas en general y en particular, representa un problema extensivo de la doctrina de la conducta típica”⁶⁹¹.

3. Excurso: Imputación objetiva e imputación subjetiva: el comportamiento típico como objeto del dolo.

Frisch ha dedicado gran parte de su tiempo al estudio de aquello que compone el objeto del dolo. Problemática que la resuelve mediante la teoría de las normas por él esbozada, centrada en la distinción entre normas de conductas y normas de sanción.

Este autor no comparte la idea de que el dolo sea un elemento naturalístico consistente en el conocimiento y voluntad del tipo objetivo. Para él no es objeto de referencia del dolo el tipo objetivo como totalidad, puesto que al tipo también pertenece el resultado (en los delitos de resultado)⁶⁹² y, sin embargo, éste no está abarcado por el dolo puesto que al momento del hecho el mismo aún no se ha producido. Frisch considera que quien ve el objeto de referencia del dolo en el “tipo objetivo”, ignora además la diferencia entre norma de conducta y norma de sanción. El tipo objetivo, en especial su resultado imputable, es una categoría de la norma de sanción que se dirige al operador jurídico y cuya posibilidades de comprensión (dada *ex post*) presupone⁶⁹³. Frente a ello el dolo debería ser determinado en su objeto según la perspectiva del autor y su situación de acción ajustada a la norma de conducta.

⁶⁹¹Als Zusammenhänge in die sogenannte Zurechnungslehre gehören von den verschiedenen benannten Zusammenhängen allein der Kausal- und der Resaliesierungszusammenhang zwischen dem das tatbestandsmäßige Verhalten begründenden mißbilligten Risikos und dem Erfolgseintritt; ihre genauere Fassung bildet – zusammen mit der Frage nach der Relevanz gewisser Ersatzursachen – die Thematik der zurechnungslehre. Dabei ist es noch immer eien offene Frage, ob nicht auch der Kausalzusammenhang in Wahrheit nur ein klarstellendes Suberfordernis des Realisierungszussamenhang bildet (so daß es in der Zurechnungslehre thematisch allein um diesen Zusammenhang ginge). Dagegen ist die Konturierung der je mißbilligten Risiken samt der Bezeichnung der danach allgemein und im besonderen erfaßten und nicht erfaßten Verhaltensweisen ein ausschließliches Problem der Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 67.

⁶⁹²FRISCH, Wolfgang: VR, p. 65.

⁶⁹³KÜPER Wilfried: „Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. v. Decker’s Verlag, 1987, p. 482.

En este deslinde de elementos del tipo objetivo entre aquellos que están cubiertos por la norma de conducta y, por otro lado, los que sólo son componente de la norma de sanción, resulta que el objeto de referencia del conocimiento del dolo sólo puede ser una parte del tipo que demuestra como adecuada esa función bajo el punto de vista de la norma de conducta (y bajo la *ratio* de la destacada punición del dolo). Objeto del dolo es el comportamiento típico (*tatbestandsmäßiges Verhalten*), o sea, la conducta en su dimensión desvalorada relevantemente típica (*das Verhalten in seiner tatbestandrelevanten unwertigen Dimension*)⁶⁹⁴. Por tanto, en los delitos de resultado la conducta típicamente desaprobada se caracteriza esencialmente por la creación de un determinado riesgo, normativamente ya no asumible y por tanto prohibido y castigado, dirigido al respectivo resultado típico. Consiguientemente, el autor sólo obra dolosamente si ha aprehendido el riesgo que en la valoración normativa proporciona el motivo de la desaprobación⁶⁹⁵.

Resulta necesario aclarar que tampoco forma parte del dolo el conocimiento del curso causal⁶⁹⁶; desde su punto de vista en el tipo objetivo sólo se requiere la causalidad como tal, de manera que únicamente puede exigirse el conocimiento de las condiciones causales, pero no la previsión de un curso causal en sus rasgos fácticos-naturalísticos (ni siquiera limitado a lo esencial)⁶⁹⁷.

Para el actuar doloso basta con el conocimiento de riesgo, ello ya justifica la punición más severa que implica el actuar doloso. Al respecto Frisch afirma:

“Quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que la convierte en prohibida y típica normalmente puede cumplir con el mandato de la norma de no originar semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que la persona que precisamente no ha aprehendido aún esa peligrosidad amenazante”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴FRISCH, Wolfgang: VR, p. 72.

⁶⁹⁵FRISCH, Wolfgang: VR, p. 118 y ss.; 210 y ss.; TVZE p. 574.

⁶⁹⁶En la postura finalista de WELZEL, el conocimiento del curso causal es componente del dolo. Véase WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 72.

⁶⁹⁷FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 574; en sentido similar ROXIN sostiene que el conocimiento del curso causal no es por tanto presupuesto del dolo, y su desconocimiento (se refiera a rasgos esenciales o no esenciales de este curso) no es un error de tipo que haya que tratar de conformidad al §16 StGB. ROXIN, Claus: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, p. 512; KÜPER, Wilfried: GA, 1987, p. 503.

⁶⁹⁸Wer jenes seinem Verhalten eignende Risiko erkannt hat, das sein Verhalten zum verbotenen und tatbestandsmäßigen macht, kann dem Normbefehl, entsprechende Risiken nicht zu setzen, typischerweise wesentlich leichter nachkommen, als eine Person, die eben diese relevante Gefährlichkeit noch gar nicht erfaßt hat. FRISCH, Wolfgang: VR, p. 97.

Por tanto, quien confía en que de su actuar no se desencadenarán consecuencias lesivas (cuando el autor confía en su desenlace airoso), no actúa dolosamente⁶⁹⁹. La delimitación más útil del dolo es aquella que exige para éste un “tomarse en serio el peligro”⁷⁰⁰.

Una vez determinado el objeto del dolo, Frisch se indaga bajo qué presupuestos un comportamiento típico puede ser imputado como doloso. Al respecto señala:

“Para admitir el actuar doloso, se requiere la aprehensión del peligro típicamente desaprobado por parte del autor; lo que significa que el autor debe haber captado en su comportamiento todo aquello que sustenta el juicio de desaprobación típico, habiendo debido captar la conducta en su idiosincrasia normativamente relevante. La captación de este sustrato que soporta el juicio normativo del ordenamiento jurídico resulta imprescindible, y también suficiente; los detalles naturalísticos que condicionan esta idiosincrasia carecen como tales de interés; concebirlos como objeto del dolo es una indicación naturalística de relaciones normativas”⁷⁰¹.

El actuar doloso no sólo implica que el autor debe haber considerado que de su conducta cabía la posibilidad que se desencadenasen consecuencias típicas sino, además, debe haber captado aquellos datos que califican la conducta como jurídicamente desaprobada, es decir, debe captar que el riesgo al cual ha expuesto al bien jurídico resulta intolerable⁷⁰².

Esta decisión en contra del bien jurídico que Frisch define como actuar doloso, importa en términos normativos: que la creación del peligro representada por el autor y la realizada en el resultado concuerden en su sustrato normativo⁷⁰³. Si el resultado producido lo es en principio de la decisión del autor, también es imputable a su dolo.

Para poder imputar el dolo Frisch considera que se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

⁶⁹⁹Wo der Täter auf *guten Ausgang* vertraut. FRISCH, Wolfgang: VR, p. 482.

⁷⁰⁰Ein sogenannte „*Ernstnahme der Gefahr*“. FRISCH, Wolfgang: VR, p. 484.

⁷⁰¹Zur Annahme vorsätzlichen Handelns gehört danach die Erfassung der tatbestandsmäßig-mißbilligten Gefahr durch den Täter – was heißt: der Täter muß an seinem Verhalten alles das erfaßt haben, was das tatbestandsmäßige Mißbilligungsurteil trägt, er muß mit anderen Worten das Verhalten in seiner normativ relevanten Eigenart erfaßt haben. Die Erfassung dieses, das normative Urteil der Rechtsordnung tragenden Substrat ist unabdingbar, freilich auch ausreichend – die naturalistischen Details, die diese Eigenart bedingen, sind also solche uninteressant; ihr Verständnis als Vorsatzgegenstand ist eine naturalistische Vereinnahmung normativer Zusammenhänge. FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 587.

⁷⁰²“Se trata de riesgos a los que uno suele ajustarse en el sentido de evitarlos, y no sólo de riesgos que uno asume como riesgos generales de la vida”. FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 587.

⁷⁰³FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 588.

En primer lugar, que la decisión del autor se encuentre en un concreto contexto espacio-temporal. Se refiere a una determinada acción, que no puede ser trasladada a otras acciones peligrosas⁷⁰⁴. En segundo lugar, también considera necesario tener en cuenta que la decisión de dar lugar a determinado suceso (acción peligrosa) se subsuma por lo general sólo en un determinado tipo normativo de creación de riesgo desaprobada, de manera que en la decisión del autor sólo pueda apreciarse una decisión de crear este tipo de peligro (normativamente desaprobado)⁷⁰⁵. Por último, Frisch considera necesario que al determinar la creación de riesgo desaprobada cubierta por la decisión del autor, hay que tener en cuenta que la decisión del autor contra el bien jurídico por lo general está limitada, en muchos sentidos, en relación con la dimensión y eventual víctima de menoscabos⁷⁰⁶. En resumen, en términos de Frisch:

“Que el curso causal real, en lo que respecta al sustrato normativo de su desaprobación, a los objetos del bien jurídico y a la magnitud del perjuicio, esté cubierto por la decisión del autor, constituye condición *necesaria* de la imputación del suceso real al dolo”⁷⁰⁷.

4. Valoración crítica.

Frisch, a través de su concepto “material” de delito, emprende una tarea sumamente compleja para la ciencia del derecho penal que es la de delimitar aquello que es pasible de pena, en términos de merecimiento y necesidad de pena. Misión que se ha intentado resolver a través de diversas vías, especialmente a través del concepto de bien jurídico. Dicho concepto material este autor lo encuentra en la definición del delito en tanto el ilícito cualificado, en tanto quebrantamiento de las relaciones de reconocimiento recíproco; sin embargo, su concepto de pena es aún más restrictivo, puesto que no todo ilícito cualificado expresa merecimiento y necesidad de pena⁷⁰⁸, limitando ésta a aquellos casos en que la sanción penal resulta irrenunciable. Un concepto de esta índole conlleva a que el mismo sea identificado con los delitos dolosos de lesión y, en esa medida, determinadas modalidades delictivas entran en

⁷⁰⁴FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 594.

⁷⁰⁵FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 595.

⁷⁰⁶Si el autor se ha decidido aquí sólo por una determinada medida de menoscabo, la producción de otra consecuencia típica (o extratípica) no se le pueden imputar a título de dolo; ni siquiera cuando a la acción le es inherente la cualidad de creación de riesgo desaprobada. FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 597.

⁷⁰⁷Daß der tatsächliche Geschehensverlauf in bezug auf das normative Substrat seiner Mißbilligung, in bezug auf Rechtsgutobjekte und Ausmaß der Beeinträchtigung, vom normativ relevanten Inhalt der Entscheidung des Täters abgedeckt ist, ist eine *notwendige* Voraussetzung der Zurechnung des tatsächlichen Geschehen zum Vorsatz. FRISCH, Wolfgang: TVZE p. 602.

⁷⁰⁸FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 145.

tensión con ese concepto material, especialmente los casos de imprudencia leve y los delitos de peligro abstracto.

Más allá de las dificultades en torno a su delimitación, el concepto material de delito le sirve a Frisch de base para la distinción de las dos categorías fundamentales de la teoría del delito. Así, todo delito presupone ilícito y culpabilidad: un ilícito “cualificado” y una culpabilidad referida al mismo. Frisch no aboga por la introducción de una nueva categoría en el sistema de la teoría del delito que se aboque al juicio acerca del merecimiento y necesidad de pena.

Lo que resulta destacable en la teoría de Frisch es el desarrollo que hace de la teoría del delito a partir de la teoría de las normas. Su punto de vista en torno a la existencia de dos normas diversas, a saber, la norma de comportamiento que funciona desde la perspectiva *ex ante*, y la norma de sanción desde la perspectiva *ex post*, le permite dilucidar aquello que puede ser objeto de prohibición, es decir objeto de la norma de conducta, y excluir aquello que *a priori* no resulta determinable, en especial, el resultado.

Esta comprensión en torno a la teoría de las normas le permitirá a Frisch circunscribir aquello que es objeto del “comportamiento típico” y aquello que forma parte de la “imputación del resultado”. La determinación del comportamiento típico implica la delimitación de la conducta prohibida y, como tal, se trata de una interpretación de los respectivos tipos penales y no de un problema de imputación (adscripción). Conforme a este modelo, para la imputación del resultado como señala Seher, debe estar fijado el comportamiento jurídicamente desaprobado ya como acción independiente y acabada. Esto implica una estricta separación de las consecuencias de la acción del concepto de acción –y con ello la negación de otros dos conceptos de acción: la idea finalista, según la cual una acción sólo se puede comprender en general como la realización de una determinada finalidad dirigida por una conducta y ser descripta bajo la influencia de objetivos perseguidos, y por otro lado tal teoría de la imputación que visualiza el sentido de la imputación en eso, en la unión de un suceso con un comportamiento humano en una acción. En esta última cuenta, por un lado, la concepción de Roxin, por otro lado la teoría de la imputación esbozada por Hruschka, en el cual la imputación de un comportamiento como acción (en derecho natural: *imputatio facti*) también incluye implícitamente las consecuencias fácticas de la acción⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹SEHER, Gerhard: FS-Frisch, p. 212.

Este punto de vista respecto de la teoría de las normas implica una delimitación mucho más precisa del concepto de “imputación”. En este esquema, imputación sólo se refiere a aquello que es objeto de adscripción, es decir, si el resultado producido es la consecuencia específica de ese actuar desaprobado (comportamiento típico) e imputable a la persona, y a ella puede imputarse como expresión de la conducta injusta del mismo modo que la propia conducta desaprobada. En este esquema son cuestiones que atañen a la imputación, la determinación de la relación causal y la relación de realización.

Un concepto restrictivo de imputación le sirve a Frisch como concepto que cumpla una función de contención evitando la expansión del mismo a otras categorías del sistema, dado que de modo creciente ciertos problemas, fuera de la relación entre acción y resultado, son planteados como problemas de imputación. Entre otros, proporcionan ejemplos el intento, que recientemente aparece con más frecuencia, de concebir la teoría y la participación como tipos de imputación, o el criterio de la superación del umbral del riesgo permitido para separar los actos preparatorios del comienzo de la tentativa.

5. Resumen.

- En el marco del “concepto material de delito” Frisch discute qué es aquello que convierte a un hecho en delito, delimitándolo respecto del resto de los hechos ilícitos. Define al concepto material de delito como un “injusto merecedor y necesitado de pena”. Pretende además limitar la sanción penal a aquello que resulta irrenunciable.
- El ilícito cualificado representa un quebrantamiento de las relaciones de reconocimiento recíproco, es una negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos.
- Todo delito presupone ilícito y culpabilidad, o dicho de otro modo, todo delito es un ilícito culpable. El ilícito no se agota en la constatación de los elementos del tipo penal y en la ausencia de las causales de justificación. El análisis del ilícito también se trata de la afirmación del comportamiento típico y de la imputación del resultado. La segunda categoría es la culpabilidad referida al ilícito. Ésta presupone que el autor estaba en la situación de obrar de manera conforme al derecho. Por otro lado, Frisch no aboga por la introducción de una categoría de síntesis del merecimiento y necesidad de pena (adecuación de la pena).

- Las normas de comportamiento prohíben la ejecución de acciones futuras y por eso deben ser formuladas y legitimadas desde la perspectiva *ex ante*; las normas de sanción, por el contrario, organizan la reacción a conductas pasadas y adoptan por ello el punto de vista *ex post*. El resultado del hecho pertenece al ámbito de la norma de sanción, no estando comprendido por el mandato de la norma de comportamiento: ésta se reduce a la prohibición de comportamientos jurídicamente desaprobados. La conexión entre conducta desaprobada y resultado se produce a través de la imputación.
- El modelo propuesto por Frisch se centra en distinguir entre dos categorías diversas: el comportamiento típico y la imputación del resultado. Ambas responden a lógicas diversas y, por lo tanto, deben correr por carriles distintos.
- El concepto de comportamiento típico está en estrecha vinculación con la norma de comportamiento. Bajo esta categoría Frisch analiza cuándo un comportamiento es reprobado por el respectivo tipo delictivo.
- La prohibición y la limitación de la libertad sólo son idóneas cuando resultan necesarias para impedir determinadas lesiones de bienes. La conducta sólo debe ser prohibida cuando conlleve riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Quedan descartadas las acciones que conlleven riesgos, riesgos tolerados, así como también los casos de disminución del riesgo. Tampoco son considerados comportamientos típicos aquellos casos en que la conducta responsable de la víctima o de terceros posibilite la realización del resultado.
- La problemática de la imputación objetiva del resultado solamente comienza una vez que se ha determinado el comportamiento típico. Objeto de la doctrina de la imputación objetiva del resultado es la determinación exacta de la relación que ha de existir entre un resultado desaprobado previo a la doctrina de la imputación, dado por supuesto ésta, y un resultado producido.
- En la imputación de las consecuencias corresponde analizar el requisito de la relación causal y la “relación de realización”. Esta última consiste en que en el resultado se haya materializado precisamente el riesgo en virtud del cual está prohibido el comportamiento.

- No pertenece a la dimensión de la imputación del resultado el ámbito de protección de la norma.
- Para Frisch no es objeto de referencia del dolo el tipo objetivo como totalidad, el resultado (en los delitos de resultado) no está abarcado por el dolo. Tampoco forma parte del dolo el conocimiento del curso causal. Objeto del dolo es el comportamiento típico; en los delitos de resultado la conducta típicamente desaprobada se caracteriza por la creación de un determinado riesgo, normativamente ya no asumible y por tanto prohibido y castigado, dirigido al respectivo resultado típico.
- Quien confía en que de su actuar no se desencadenarán consecuencias lesivas (cuando el autor confía en su desenlace airoso) no actúa dolosamente.
- Para imputar el dolo se requiere, en primer lugar, que la decisión del autor se encuentre en un concreto contexto espacio-temporal. Se refiere a una determinada acción, que no puede ser trasladada a otras acciones peligrosas. En segundo lugar, que la acción peligrosa se subsuma por lo general sólo en un determinado tipo normativo de creación de riesgo desaprobada. Por último hay que tener en cuenta que la decisión del autor contra el bien jurídico por lo general está limitada, en muchos sentidos, en relación con la dimensión y eventual víctima de menoscabos.

CAPÍTULO IV: Günther Jakobs y la teoría de la imputación.

1. Aspectos metodológicos.

El punto de inicio de Günther Jakobs es la reformulación de la dogmática jurídico-penal hasta entonces vigente, arraigado en la tradición finalista, modelo teórico basado en la elaboración de conceptos a partir de la deducción de estructuras ónticas. Jakobs, en contraposición, propone una desvinculación de la dogmática de las estructuras lógico-objetivas, depurando a los conceptos básicos del derecho penal de su referencia a la realidad⁷¹⁰, estableciendo, en cambio, una normativización de la teoría del delito y de la metodología en general, poniendo relación a la dogmática con la finalidad del derecho penal, que no es otra que la finalidad de la pena. Jakobs sostiene que la mencionada re-normativización del derecho penal no debe abarcar sólo a las categorías de la acción y la culpabilidad sino que el propio sujeto al que se imputa se presenta como un concepto funcional⁷¹¹. Al respecto sostiene que:

“El mundo de los conceptos jurídico-penales tiene que ajustarse a la tarea del Derecho penal y no a fenómenos naturales o de otro modo ajenos a lo social”⁷¹².

En dicha empresa, al contrario de otras visiones funcionalistas, este autor no reconoce ninguna limitación de índole ontológica o incluso del sentido ordinario del lenguaje⁷¹³, el contenido del derecho penal está dado en función de necesidades sistémicas⁷¹⁴, o sea, de la función de prevención general positiva. Según Jakobs:

“el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución y la sociedad”⁷¹⁵.

⁷¹⁰SCHÜNEMANN, Bernd: „Kritische Ammerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. v. Dicker’s Verlag, 1995, p. 219.

⁷¹¹JAKOBS, Günther: „Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch“, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1991, Vorwort p. VII.

⁷¹²JAKOBS, Günther: AT, Vorwort zur 2. Auflage, p. V.

⁷¹³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, p. 111.

⁷¹⁴“Todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el Derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica”. JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y Persona en una teoría de un derecho Penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2000, p. 20.

⁷¹⁵JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y Persona*, p. 15

Si bien el modelo teórico que ha propuesto Jakobs tiene en sus orígenes un fuerte anclaje en el funcionalismo sistémico de Niklas Luhmann, tomando de este autor conceptos tales como sistema, norma, persona, etc., su teoría se ha visto modificada a lo largo de los años, acercándose a ideas hegelianas, especialmente en relación al concepto de culpabilidad. Si bien no ha abandonado de manera total los aportes luhmannianos, no sería del todo errado hablar de dos Jakobs: el primero centrado en un modelo sociológico de derecho penal y el segundo una teoría aún más radicalizada en su normativización bajo la influencia de ideas hegelianas. Dicha absolutización ha llevado a que su teoría sea catalogada como “normativismo libre de empirismo”⁷¹⁶.

2. Sociedad y comunicación: el concepto de persona y la finalidad de la norma.

Conforme a su punto de vista sociológico, basado en el pensamiento del sociólogo funcionalista estructural Niklas Luhmann⁷¹⁷, Jakobs considera que la sociedad no es la sumatoria de individuos sino que es la construcción de un contexto de comunicación. Siguiendo esta idea sostiene que:

“existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina conforme a normas”⁷¹⁸.

Dicha afirmación lleva a una toma de posicionamiento de carácter epistemológico en lo que respecta a la configuración de la sociedad. La identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes⁷¹⁹.

⁷¹⁶SCHÜNEMANN ya no considera que JAKOBS y ROXIN puedan ser pensados como parte de una misma corriente funcionalista. Por el contrario, cataloga a JAKOBS como “normativismo libre de empirismo” (*empiriefreien Normativismus*). SCHÜNEMANN, Bernd: „Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft“, pp. 13-21.

⁷¹⁷LUHMANN propone una teoría de los sistemas de manera diversa a los modelos que le han precedido. Construye una teoría que se caracteriza por ser autorreferencial dado que los conceptos se aprenden de sí mismos. Al mismo tiempo, es una teoría de la diferenciación entre sistema y entorno. Considera que el sistema es un conjunto de elementos que mantienen determinadas relaciones entre sí, definiéndose éste siempre respecto a un determinado entorno. LUHMANN, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, p. 246 y ss.

⁷¹⁸JAKOBS, Günther: *Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Melía, Bogotá, edit. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 16.

⁷¹⁹JAKOBS, Günther: „Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚Alteuropäischem‘ Prinzipiendenken. Oder: verabschiedung des ‚alteuropäischen‘ Strafrechts?“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 107. Band, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Keiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Lefrenz, Heinz Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz und Thomas Weigend, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, p. 848. Una versión en castellano, con algunas variaciones, se encuentra en *Sociedad, norma y Persona en*

Del universo de normas existentes, un conjunto de ellas se presentan al sistema social, y al derecho penal, como “dadas”. Dichas normas se estabilizan por la vía cognitiva (auto-estabilización); ante su quebrantamiento sólo cabe el aprendizaje (pena natural). Tal es el caso de las leyes de la naturaleza: si una persona no las sigue a la hora de construir una casa, sólo cabe esperar que se derrumbe⁷²⁰. Pero, a la par, existe otro conjunto de normas que carecen de esa cualidad, este es el caso de las normas sociales, es decir aquellas que no son previamente dadas y de las mismas no se puede esperar que se auto-estabilicen sino, por el contrario, el sujeto obligado puede disponer de ella en el caso concreto. Ante esta situación, la única manera de garantizar su vigencia es de manera contra-fáctica, es decir, a través de un procedimiento formal ante la infracción, que no es otro que la pena. Al respecto Jakobs afirma:

“La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma la irrelevancia de esa afirmación”⁷²¹.

El derecho se presenta en su visión sistémica como comunicación, como una estructura de la sociedad –como un subsistema social–, y tanto los deberes como los derechos, en términos sistémicos “las expectativas normativas”, no están dirigidos a individuos, sino a destinos contruidos de manera comunicacional que se denominan “personas”⁷²². Así, desde el punto de vista de la sociedad, no son las personas las que fundamentan la comunicación personal, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir a los individuos como personas o, en otros términos, la persona surge en el contexto de comunicación⁷²³. Conforme al pensamiento de Jakobs:

una teoría de un derecho Penal funcional, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2000.

⁷²⁰JAKOBS, Günther: ZStW 107, p. 849.

⁷²¹Die Sanktion konterkariert den Weltwurf des Normbrechers: Dieser behauptet die Nicht-Geltung der Norm für den aktuellen Fall, aber die Sanktion bestätigt die Unmaßgeblichkeit dieser Behauptung. JAKOBS, Günther: ZStW 107, p. 849.

⁷²²JAKOBS, Günther: *Sobre la normativización de la dogmática-jurídico penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 3. En sentido similar “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, p. 43. En sentido similar JAKOBS sostiene que sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres. *Sociedad, norma y Persona en una teoría de un derecho Penal funcional*, p. 33.

⁷²³JAKOBS, Günther: ZStW 107, p. 874.

“Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible”⁷²⁴.

Persona, para el derecho, es un haz de expectativas normativas. Los seres humanos se encuentran en el mundo social en tanto portadores de un “rol”⁷²⁵, es decir, como un sistema de posiciones definidas normativamente ocupadas por individuos intercambiables⁷²⁶. Dicho de otro modo, el derecho como sistema de comunicación toma a los intervinientes como personas y no como “individuos”⁷²⁷ con intenciones y preferencias altamente diversas⁷²⁸.

Quién es persona en derecho depende de la concreta configuración social. Es en función de las necesidades de integración mediante las cuales una sociedad determina si por ejemplo el hecho de menores o incapaces son interpretados como hechos de la naturaleza o, por el contrario, comunican un modelo de sociedad alternativo⁷²⁹.

Respecto a la función que cumplen las normas jurídico-penales, Jakobs se aparta de la doctrina mayoritaria que las concibe como norma de determinación (*Bestimmungsnorm*). Jakobs niega que las normas jurídico-penales tengan una función de influir sobre el comportamiento de los ciudadanos. Frente a esta concepción, pretende abordar el delito no como un fenómeno circunscripto a la relación entre norma e infractor, sino como un fenómeno social en el que la víctima y la colectividad se ven afectadas. La función de

⁷²⁴Person sein heißt, eine rolle zu spielen haben; persona ist die Maske, also gerade nicht der Ausdruck der Subjektivität ihres Trägers, vielmehr Darstellung einer gesellschaftlicher verstehbaren Kompetenz. JAKOBS, Günther: ZStW 107, p. 859.

⁷²⁵El contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputación objetiva –dicho con mayor exactitud, de la teoría de la conducta no permitida-. JAKOBS, Günther: “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, p. 45.

⁷²⁶JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, edit. Ad-Hoc, 1997, p. 22.

⁷²⁷En el esquema presentado por JAKOBS el concepto de persona se limita al de persona en Derecho. A quien no es persona se le denomina “individuo”. En JAKOBS, Günther: “Personalidad y exclusión en derecho penal”, traducción de Teresa Manso Porto, en “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, Madrid, Civitas, 2004, p. 53.

⁷²⁸JAKOBS, Günther: ZStW 107, p. 860.

⁷²⁹“No existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad llamado “inevitabilidad” que tuviese que ser respetado por toda sociedad; al contrario, la percepción social de la realidad es la que determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede denominarse la imputación de las consecuencias de un comportamiento culpable “principio de culpabilidad” y contraponerlo a la imputación del destino, sin que con ello, sin embargo, pueda excluirse que en ambos casos, tanto en el de la imputación de culpabilidad como en el de imputación de destino, se trata de instituciones sociales que sean perfectamente funcionales, dependiendo del estadio de desarrollo de la sociedad en cuestión. Dicho con otras palabras: en la sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad tiene una función”. JAKOBS, Günther: “El principio de culpabilidad” (1993), traducción de Manuel Cancio Meliá, en “Estudios de Derecho penal”, Madrid, Civitas, 1997, p. 372.

determinación sólo la contempla como una función latente, como un efecto secundario, bien recibido pero ajeno, en principio, a la lógica del Derecho penal⁷³⁰. Al respecto sostiene:

“La sociedad surge cuando la norma proporciona la pauta rectora de la comunicación, esto es, determina a qué comportamientos y cómo hay que adherirse”⁷³¹.

3. Deberes negativos y positivos.

Dado que los hombres pueden configurar (organizar) el mundo, no obstante, al mismo tiempo, viven en un mundo ya pre-configurado (un mundo con instituciones). Las expectativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales, pueden referirse a dos distintos ámbitos de objetos.

Por un lado existe la expectativa de que todos se mantengan dentro de su círculo de organización, para evitar que se produzcan, mediante efectos exteriores, posibles daños a terceros. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente normativo: los círculos de organización deben permanecer separados, lo que implica la máxima “no dañes y exige no ser dañado”. En esta clase de delitos se presenta el sinalagma libertad de organización responsabilidad por las consecuencias. La infracción de la expectativa da lugar a los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) o, en términos de Jakobs, por “competencia por organización” (*Organisationszuständigkeit*)⁷³².

Junto a la mencionada expectativa negativa, que corresponde a todo ciudadano fiel al derecho, existe también la expectativa que las instituciones elementales de la sociedad funcionen de manera adecuada. Estas expectativas tienen un contenido positivo: la concreta persona obligada debe ocuparse de un determinado ámbito del mundo en común, no sólo no debe empeorar la situación sino, por el contrario debe mejorarla. Así, el juez, el padre, el policía, etc., deben ocuparse de una determinada institución (llámese familia, administración de justicia, orden público). La defraudación de este tipo de expectativas da lugar a los delitos de

⁷³⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Normas y acciones en Derecho penal*, pp. 21-22.

⁷³¹Gesellschaft entsteht, wenn die Norm den die Kommunikation leitenden Maßstab abgibt, also bestimmt, an welches Verhalten wie anzuschließen ist. JAKOBS, Günther: *Norm, Person und Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1999, p. 52.

⁷³²JAKOBS Günther: AT, p. 7; “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 211.

infracción de deber (*Pflichtdelikte*) o también llamados delitos por competencia por institución (*Delikte kraft institutioneller Zuständigkeit*)⁷³³.

De este modo Jakobs desarrolla dos maneras diversas de imputación dependiendo de qué tipo de deber se haya lesionado; así, estructuramos el siguiente esquema siguiendo la distinción entre imputación por la lesión de deberes negativos (*Zurechnung bei der Verletzung negativer Pflichten*) o bien las particularidades que acarrearán los deberes positivos (*Besonderheiten bei positiven Pflichten*), especialmente en el ámbito de la autoría.

4. El concepto de delito.

Desde la perspectiva funcional de Jakobs, el delito consiste en la defraudación de la expectativa normativa o, dicho de otro modo, en el quebrantamiento de la norma y no en sus consecuencias psicosociales. El delito es comunicación, mediante el cual el autor propone un modelo de sociedad alternativo. Así:

“La expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma en cuestión, sea que no conoce la norma en cuestión, sea que la conoce, pero pretende vulnerarla...”⁷³⁴.

La directa contradicción de la norma ocurre entonces a través de la lesión del respectivo derecho, no a través de la mera negación, y el derecho tiene siempre una cara externa: la manifestación de la persona en el mundo⁷³⁵. El autor, al infringir la norma, traza nuevos límites a la sociedad, se arroga espacios de libertad donde, de conformidad al esquema social, se trata de deber. Jakobs considera que esto genera una situación ambigua, dado que el comportamiento del sujeto se interpreta como conducta con sentido pero el contenido de dicha comunicación es puesto en discusión, es decir, sólo formalmente es interpretada como acción con sentido aunque materialmente no afecta a la sociedad⁷³⁶.

Al contrario de Fichte, quien considera que el delincuente ha quebrantado el contrato social y por ello, debe ser excluido de la sociedad (ya no se lo considera persona), Jakobs considera

⁷³³JAKOBS, Günther: AT, pp. 7-8; “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, p. 45.

⁷³⁴JAKOBS, Günther: “El concepto jurídico-penal de acción”, pp. 116-117.

⁷³⁵JAKOBS, Günther: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, p. 14.

⁷³⁶JAKOBS Günther: *Sobre la teoría de la pena*, p. 18.

que al sujeto delincuente se lo sigue considerando como “persona”, se mantiene su personalidad aunque, al igual que su acción con sentido, sólo de una manera formal.

Para evitar que la norma se erosione (pierda su validez) Jakobs sostiene que a la conducta infractora se le debe anudar una consecuencia que no es otra que la pérdida de los medios de interacción, es decir que el sujeto infractor no pueda llegar a su cometido mediante el quebrantamiento de la norma. Tan sólo se trata de contraponer a la realidad de la persona meramente formal (contraproyecto frente a la sociedad) en el hecho, esto es, al quebrantamiento de la norma, una situación materialmente personal, esto es, la realidad de la norma (y no sólo su posibilidad).⁷³⁷ Así, la pena elimina sólo aquellas amenazas de la validez de la norma, que el criminal a través de su acción imputablemente ocasiona. Su responsabilidad por la amenaza de la validez de la norma es la legitimación para infligirle el dolor de la pena⁷³⁸.

5. La finalidad de la pena en el pensamiento de Jakobs.

Ante el quebrantamiento de la norma, la sociedad (*Normbruch*) tiene dos alternativas. O considera el hecho como un acto evolutivo o se rehúsa a ello y mantiene el *status quo* a través de la pena que comunica la validez de la norma quebrantada⁷³⁹. En este esquema, delito y pena se encuentran en una relación funcional, la pena es la respuesta funcional al delito, así:

“La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”⁷⁴⁰.

La pena en Jakobs es la respuesta comunicacional a la norma quebrantada, mediante la cual se estabiliza la sociedad, conservando su identidad⁷⁴¹. La pena comunica que el modelo de sociedad que se ha propuesto el autor a través del delito no es un modelo válido a seguir. A través de la aplicación de la pena se posibilita que la norma infringida siga siendo modelo de

⁷³⁷JAKOBS Günther: Ob. Cit., p. 25.

⁷³⁸JAKOBS, Günther: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 1. Auflage, Düsseldorf, Ferdinand Schöningh Verlag, 2004, p. 32.

⁷³⁹JAKOBS, Günther: “Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema a partir de condiciones de vigencia de la norma”, en JAKOBS Günther, STRUENSEE, Eberhard: *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 33.

⁷⁴⁰JAKOBS, Günther: AT, p. 5.

⁷⁴¹JAKOBS considera que la pena no es un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y Persona en una teoría de un derecho Penal funcional*, p. 18.

orientación idóneo, es decir, que la misma conserve su validez. Destinatarios de la pena no son algunas personas como autores potenciales sino que lo son todas las personas en cuanto ciudadanos fieles al derecho. Así:

“Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”⁷⁴².

A lo largo de los años la finalidad de la pena ha tenido diversas variaciones en torno a las distintas funciones que él le ha ido otorgando a los diversos elementos de la prevención general positiva, en especial el referido al “ejercicio de la fidelidad al derecho”⁷⁴³. En un primer momento, en su ensayo *Schuld und Prävention*, Jakobs parece identificarlo con su concepto de prevención general positiva⁷⁴⁴, aunque en otros pasajes parece equipararlo con el elemento del ejercicio en la confianza de la norma⁷⁴⁵.

Por su parte en su *Lehrbuch*, considera que la pena tiene lugar para: a) ejercitar en la confianza hacia la norma (*Einübung in Normvertrauen*: las personas deben confiar en la validez de la norma pese a que ocasionalmente pueda ser infringida) b) el ejercicio en la fidelidad al derecho (*Einübung in Rechtstreue*: mediante la pena se aprende a considerar al delito como una alternativa de comportamiento a no ser tenida en cuenta) y c) ejercicio en la aceptación de las consecuencias (*Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen*: mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y el deber de asumir los costes). Estos tres efectos se resumen bajo el ejercicio en el reconocimiento de la norma. En esta obra Jakobs pone especialmente de relieve el primero de los aspectos, dejando a los demás en un segundo plano⁷⁴⁶. Por otro lado, todo otro efecto que pueda tener la pena, como por ejemplo al que lo

⁷⁴²JAKOBS, Günther: AT, p. 10.

⁷⁴³PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., CANCIO MELIÁ, Manuel: “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en “Estudios de Derecho penal”, Madrid, Civitas, 1997, p. 18.

⁷⁴⁴Esto es prevención general en sentido, no intimidatorio, sino como ejercicio de la finalidad hacia el derecho. JAKOBS, Günther: *Schuld und Prävention*, 1. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1976, p. 10.

⁷⁴⁵JAKOBS, Günther: SP, pp. 32-33.

⁷⁴⁶“Este realce de la función de mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma frente a otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que el ejercicio de la actividad punitiva del Estado puede también producir no es causal, sino que se corresponde plenamente con una característica de la concepción general del Derecho penal de JAKOBS que comenzó a manifestarse precisamente en “Culpabilidad y Prevención”, se hizo ya patente en el Tratado y ha culminado en sus últimos escritos: la relevancia cada vez menor que JAKOBS atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma (...) y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y

sufre (prevención especial) o a que terceros se abstengan de realizar delitos (prevención general negativa) son para este autor efectos que se desea que se produzcan como añadidura de la pena que en modo alguno es función de la pena producir tales efectos⁷⁴⁷.

Lesch rechaza considerar la teoría de la pena de Jakobs en términos de prevención general positiva. Según su postura, se trata de una teoría “retributiva funcional” que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en la cual el fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico utilitarista. Es absoluta en tanto se pena “*qui peccatur est*”, y no “*ne peccetur*”. Es relativa, porque esa punición no es “*absoluta ab effectu*”, no es fin en sí misma, sino que tiene una función consistente en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social⁷⁴⁸.

6. La teoría de la imputación.

Jakobs no rechaza que la teoría del delito por él desarrollada constituya una teoría de la imputación, sino que la presenta como tal. Ya en el prólogo de su *Lehrbuch* adelanta que su teoría de la imputación se centra en quién es sujeto competente del suceso:

“Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de los objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos (...) los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o incumbencia...”⁷⁴⁹.

Entiende que la pena y la imputación se refieren la una a la otra. La pena es una “respuesta” a la conducta delictiva del autor que, en consecuencia, es comprendida como “comunicación”. Con esta interpretación como discurso y respuesta, el hecho punible y la pena dependen del nivel de la sociedad, como comunicaciones sobre la estructura normativa de la misma⁷⁵⁰. La imputación jurídico-penal, conforme a su tesis, tiene la función de determinar el caso en el

de su quebrantamiento”. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., CANCIO, MELIÁ, Manuel: Ob. Cit., p. 19.

⁷⁴⁷JAKOBS, Günther: AT, pp. 13-14.

⁷⁴⁸LESCH, Heiko H.: “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en ADPCP, T.XLVIII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1995, p. 926.

⁷⁴⁹JAKOBS, Günther: AT, Vorwort zur 1. Auflage, p. VII.

⁷⁵⁰JAKOBS, Günther: SsZ, pp. 13-14. En sentido similar PAWLIK sostiene que entre el concepto de delito y el concepto de pena existe una relación indivisible. Ambas deben encajar el uno con el otro como discurso y réplica. PAWLIK, Michael: „Strafrechtswissenschaftstheorie“, en „Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007“, herausgegeben von Michael Pawlik und Rainer Zaczyk in Verbindung mit Manuel Cancio Meliá, Eduardo Montealegre, Heiko Lesch, Bernd Müssig, Jorge Perdomo-Torres und Marcelo Sancinetti, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 485.

que la norma por causa de la conducta (delictiva) de una persona debe ser corroborada cognitivamente. Con otras palabras, la imputación jurídico-penal establece cuándo un suceso (*Ereignis*) es comprendido como contradicción de la norma (*Normwiderspruch*), como manifestación de una persona competente. El sistema alcanza sin dudas algo más; luego también la imputación jurídico-penal y la pena construyen una función de unidad (*Funktionseinheit*), asimismo un sistema. Cuando Jakobs habla de “sistema” no se trata del sistema penal como parte del sistema jurídico y éste nuevamente como parte del sistema social, sino que al concepto de sistema lo entiende como lo hacen de manera usual las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*), como una consistente relación de juicios⁷⁵¹.

El mundo moderno debe ser ordenado conforme al sentido de las personas y eso implica que la configuración, el hecho delictivo, debe ser entendido como suceso significativo, como contradicción de la norma, ya también como producto intelectual. Las reglas para tal comprensión producen en conjunto la teoría de la imputación⁷⁵². Lo que no puede ser imputado es el destino como donante de significado en la modernidad, y debe ser descartado como sinsentido, es decir, naturaleza. El código mediante el cual el desarrollo del sistema de imputación se concretiza reza “sentido” versus “naturaleza”, que en el ámbito jurídico-penal se expresa como “sentido delictivo versus naturaleza” (*deliktischer Sinn versus Natur*)⁷⁵³. Cuándo un hecho es interpretado como naturaleza y cuándo con sentido delictivo, se determina en función de las necesidades de estabilización social. El sentido delictivo está íntimamente ligado al concepto de culpabilidad sostenido por este autor.

De este modo Jakobs se aboca a la finalidad de desarrollar una teoría de la imputación que abarque toda la teoría del delito, no entendiendo al delito en términos descriptivos, sino como un problema de imputación. La imputación no se limita a establecer criterios correctivos de la causalidad sino que pretende determinar quién es el sujeto competente por el hecho ilícito. Resulta importante aclarar que Jakobs utiliza un concepto amplio de imputación, en la cual no distingue entre imputación del hecho e imputación a la culpabilidad, o en todo caso, no son más que fragmentos de un concepto general, dado que no es viable una imputación al hecho

⁷⁵¹JAKOBS, Günther: SsZ, p. 16.

⁷⁵²JAKOBS, Günther: SsZ, p. 22.

⁷⁵³JAKOBS, Günther: SsZ, 2012, p. 23.

(*imputatio facti*) sin imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*). Imputación, para este autor, es imputación culpable, lo demás es naturaleza⁷⁵⁴.

Jakobs deriva la imputación de la propia función de la pena, dado que la imputación establece a qué persona ha de pensarse para la estabilización de la norma o, en otros términos, quién es el sujeto competente por el hecho ilícito. Así:

“Ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de contrariedad a la norma y culpablemente (si es que la ley no renuncia a la pena, lo que es posible por diversos motivos). *La teoría de la imputación desarrolla los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad*”⁷⁵⁵.

6.1. La categoría de la acción.

6.1.1 La acción como juicio de imputación.

La primera de las categorías sistémicas analizadas por Jakobs en su teoría de la imputación es la acción. Ya en su *Lehrbuch* la identifica como un juicio de atribución cuando sostiene que:

“El concepto de ‘acción’ es, pues, una noción equívoca de la que ha de analizarse; se trata de lo que es un sujeto, de lo que es mundo exterior para el sujeto y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársela)”⁷⁵⁶.

Jakobs trabaja con más profundidad esta categoría en su monografía “el concepto jurídico-penal de acción”⁷⁵⁷. La define como una “expresión de sentido”, lo que implica que el sujeto, a través de su conducta, defrauda las expectativas o, en otros términos, contradice la norma. Dicha contradicción es una expresión de sentido en la medida que su conducta implica una toma de postura frente a la validez de la norma, no reconociendo a la misma como máxima de

⁷⁵⁴JAKOBS sostiene que se debe emprender la formulación de tipo general de imputación (*Gesamtzurechnungstatbestand*) que comprenda todos aquellos casos en que la interpretación de la norma incluya como culpables, hasta que su sentido delictivo esté completamente descifrado. Se trata de una totalidad, que sólo puede ser cometida por una persona culpable, que entonces por una evidente falta de capacidad de culpabilidad, por ejemplo por la conducta de un niño de diez años, ya la imputación jurídico penal se elimina mediante un reproche de lo evidente: naturaleza. JAKOBS, Günther: SsZ, p. 24.

⁷⁵⁵Zu bestrafen ist ein Subjekt, das sich normwidrig und schuldhat verhalten hat (wenn nicht das Gesetz auf Strafe verzichtet, was aus diversen Gründen möglich ist). *Die Lehre von der Zurechnung entwickelt die verwendeten Begriffe: Verhalten des Subjekt, Normbruch, Schuld*. JAKOBS, Günther: AT, p.126.

⁷⁵⁶„Handlungsbegriff“ ist also eine mißverständliche Bezeichnung für das, was es abzuhandeln gilt; es geht darum, was überhaupt ein Subjekt und was für das Subjekt Außerwelt ist und wann die Gestalt der Außerwelt mit dem Subjekt verbunden (ihm zugerechnet) werden kann. JAKOBS, Günther: AT, p. 137.

⁷⁵⁷Título en alemán: „Der strafrechtliche Handlungsbegriff“; publicado en: Schriften der Juristischen Sutdiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 19, C.H. Beck, München, 1992. Existe una versión en español, en “Estudios de Derecho penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997, pp. 101-125.

comportamiento. La acción reside en la conducta de no reconocimiento de la validez de la norma. Basta que el resultado haya dado inicio a la producción del resultado. Éste es sólo una ulterior objetivación del hecho que incrementa cualitativamente el movimiento corporal⁷⁵⁸.

Jakobs identifica a la acción con la imputación misma: en su esquema de interpretación toda acción jurídico-penalmente relevante es, al mismo tiempo, imputable. Así:

“La acción y la imputación – y ésta a su vez presupone la imputación del injusto – son lo mismo. El comportamiento, en cuanto suceso psíquico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable”⁷⁵⁹.

Pero no se queda allí, sino que también establece a la culpabilidad como presupuesto de la imputación. Además, considera que un concepto de acción acorde con la función del derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Jakobs sostiene que “acción es convertirse en culpable”. Así acción es aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena, en términos de Jakobs, “acción es convertirse en competente por una lesión de la vigencia de la norma”⁷⁶⁰.

6.1.2 Acción y omisión: el deber de garantía como concepto de enlace entre ambas categorías.

La cuestión largamente discutida en torno a la distinción entre acción y omisión, y en la necesidad de encontrar un concepto que cumpla la función de supra-concepto de ambas categorías, pierde importancia en el planteamiento de Jakobs, pues este autor abandona la perspectiva naturalista, con lo cual las diferencias entre acción y omisión se diluyen. En la teoría propuesta por este autor el concepto que adquiere relevancia es el de “competencia”, es decir, quién es el sujeto normativamente competente por la infracción de la norma.

⁷⁵⁸Según JAKOBS acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de que la norma en cuestión no es la máxima rectora. Expresión de sentido de un comportamiento que conduce o puede conducir a un resultado delictivo externo y evitable si este procedimiento, de acuerdo con un juicio comunicativamente relevante, es o podría ser la razón determinante del delito externo. JAKOBS, Günther: “El concepto jurídico-penal de acción”, en “Estudios de Derecho penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997, p. 118.

⁷⁵⁹JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 124; 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 que se ha producido de manera objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social. En JAKOBS, Günther: IO, p. 19.

⁷⁶⁰JAKOBS, Günther: “El concepto jurídico-penal de acción”, p. 124.

Como hemos visto con anterioridad, según Jakobs existen dos fuentes diversas de las que surgen deberes de actuar (o de omitir). La primera de las obligaciones surge del carácter creador del trabajo humano, de su facultad de configurar el mundo, facultad que es aplicable tanto al trabajo fructífero como a obras objeto de desvaloración. Esta obligación posee un contenido negativo, expresado en el mandato: “¡No lesiones!”⁷⁶¹. Pero Jakobs advierte que las personas, más allá de sus propios cuerpos poseen ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. También a estos ámbitos de organización se extiende el deber de no lesionar, es decir, mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea motivándose el titular – siguiendo una prohibición – a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido – esto es, siguiendo un mandato⁷⁶². Como sostiene Jakobs:

“La ‘obligación originaria’ tiene, pues, como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización –de la forma que sea– en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición ‘no dañes’, aparece pues un mandato (...) cuyo enunciado es: ‘Elimina los peligros que surjan de tu ámbito de organización’”⁷⁶³.

Al lado de la “obligación originaria” existe un “mandato jurídico especial” cuyo contenido es positivo y se traduce en el mandato: “¡ayuda al otro!”⁷⁶⁴, y cuya lesión da lugar a la competencia institucional o delitos de infracción de deber.

“Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo fundamento jurídico especial, esto es, en definitiva, de la misma institución irrenunciable; por ello, se debe afirmar una completa congruencia de la responsabilidad por acción con la omisión”⁷⁶⁵.

Este concepto de competencia se originó en el ámbito de los delitos omisivos, de la mano de las denominadas posiciones de “garantía”. Lo que hace Jakobs es trasladar dicha categoría, por medio de su concepto de acción entendido como comportamiento individualmente evitable, al ámbito de los delitos comisivos. También en los delitos por comisión hay posiciones de garantía en el sentido de que también en estos delitos la pregunta es idéntica

⁷⁶¹JAKOBS, Günther: “La imputación penal de la acción y de la omisión”, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, edit. Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 19.

⁷⁶²JAKOBS, Günther: Ob. Cit. pp. 33-34.

⁷⁶³JAKOBS, Günther: Ob. Cit. p. 34.

⁷⁶⁴JAKOBS, Günther: Ob. Cit. p. 19.

⁷⁶⁵JAKOBS, Günther: Ob. Cit. pp. 59-60.

respecto de los delitos omisivos, a saber: ¿quién es el sujeto competente por el hecho producido?⁷⁶⁶

De esta manera, la centralidad del concepto de “competencia” hace que la distinción entre acción y omisión no resida en el hecho en que en una hay una actividad corporal y en la otra no la hay, es decir en una constatación fáctico-naturalista, quedando dicha distinción relegada a una cuestión de segundo grado, como sostiene este autor:

“El criterio clave es la ‘competencia’, el ‘ser-competente’, ya sea competencia a consecuencia de un status negativo – el deber de no dañar a los demás - , ya sea a consecuencia de un status positivo – el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común-. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del – causal – statu quo existente. La configuración de la sociedad, sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (status negativo/ status positivo)”⁷⁶⁷.

6.2 La teoría de la imputación objetiva.

Como ya hemos explicado, esta institución es sólo un recorte del concepto de imputación, dado que conforme a su punto de vista, la totalidad de las categorías delictivas (desde la acción hasta la culpabilidad) están en función de su concepto general de imputación⁷⁶⁸.

Cuando Jakobs habla de imputación objetiva del resultado se está refiriendo a la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable⁷⁶⁹. Se trata de determinar qué significado tiene el comportamiento en el contexto social. Para ello no es suficiente el punto de vista del causador sino qué significado tiene el suceso acaecido en el mundo exterior, ya sea como hecho (jurídicamente relevante) o como infortunio. Así:

⁷⁶⁶De manera crítica se manifiestan ZAFFARONI, ALAGIA y SOLKAR considerando que la realidad queda destrozada cuando se afirma que el rol de buen ciudadano que 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. En el plano jurídico tampoco es sostenible la existencia de una posición de garante respecto de la vida ajena, más allá de la impuesta por la norma prescriptiva que se deduce del tipo de omisión de auxilio y que, justamente por ello, no es una posición de garante sino una pauta general de solidaridad social. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 475.

⁷⁶⁷JAKOBS, Günther: “La imputación penal de la acción y de la omisión”, pp. 69-70.

⁷⁶⁸El denominador “atribución objetiva” a las condiciones objetivas de la responsabilidad no debe entenderse en el sentido de que se trata sólo de imputación; de imputación se trata más bien en el tipo subjetivo y en la culpabilidad; tampoco debe suponerse que la imputación objetiva se deriva de una imputación penal completa, pues para ésta se necesita aún un tipo subjetivo y la culpabilidad. Aquí se trata únicamente de las propiedades objetivas generales de la conducta imputable. JAKOBS, Günther: AT, p. 185.

⁷⁶⁹JAKOBS, Günther: AT, p. 184.

“Esta interpretación en un contexto social del comportamiento unido a sus consecuencias causales o incluso a sus consecuencias causales atípicas, se lleva a efecto en la Dogmática moderna bajo el nombre de ‘imputación objetiva’⁷⁷⁰.”

Es en el ámbito de los delitos de resultado en los que se deben desarrollar reglas generales de imputación objetiva, dado que es en el ámbito de estos delitos en el que se plantea el problema causal. La necesidad de reglas de imputación se debe a que la ley sólo enuncia la causación de un resultado, pero esta causación sólo puede bastar si es jurídicamente relevante.

Dichas reglas no fueron descubiertas ni desarrolladas en relación con el delito doloso sino, por el contrario, las mismas se elaboraron en el ámbito de delitos con riesgos más bien mínimos, casi aún tolerables, y la constitución de tales riesgos se produce casi sin excepción de un modo no doloso. De esta manera, el desarrollo de los rasgos característicos de un riesgo no permitido comenzó, por tanto en, el delito imprudente, generalmente bajo el nombre de la infracción del deber de cuidado⁷⁷¹. Si bien la teoría de la imputación objetiva es válida para todo delito de resultado, su aplicabilidad práctica se encuentra más bien en los delitos imprudentes⁷⁷².

Según el pensamiento de Jakobs, la respuesta sobre por qué se imputa un hecho a un sujeto a través de criterios de causalidad (dolosa o adecuada), son un respuesta de índole naturalista y, por tanto, insuficientes para comprender el fenómeno, dado que un hecho puede ser “causado” por un círculo indeterminado de personas y ello no implica que todos los sujetos intervinientes sean personas competentes (imputables).

Sostiene que la causación sólo atañe al lado cognitivo del suceso pero no aporta nada sobre su dimensión social. Si cada sujeto, al momento de actuar, tuviese que tener en cuenta las posibles consecuencias causales de su actuar, la sociedad se paralizaría. En la sociedad, para facilitar contactos anónimos, las personas no se comunican entre sí en función de su individualidad sino que los contactos sociales se producen a partir de expectativas recíprocas vinculadas a roles⁷⁷³. Objeto de la imputación objetiva son las desviaciones de las

⁷⁷⁰JAKOBS, Günther: “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, en “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, Madrid, Civitas, 2004, p. 85.

⁷⁷¹JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 210.

⁷⁷²JAKOBS, Günther: IO, pp. 22-23.

⁷⁷³JAKOBS, Günther: IO, p. 21.

expectativas que se refieren al portador de un rol. Lo que hay que tener en cuenta es el contenido de rol y no las capacidades de quien actúa⁷⁷⁴.

Cuando se da el quebrantamiento de una norma cabe la pregunta de quién es el sujeto competente (imputable) del hecho fáctico. Normativamente caben tres soluciones: imputación al autor, imputación a la víctima o imputación a un tercero. Además de estos tres casos también se da el supuesto en que la respuesta sea meramente cognitiva, es decir, sin que se dé lugar a la imputación; en este caso no se le imputa a ninguno de los intervinientes, tan solo se trata de un infortunio o “mala suerte”: en este caso sólo cabe que la víctima tolere el suceso fáctico a título de desgracia⁷⁷⁵.

No toda configuración del mundo puede imputársele al sujeto que la ha causado, para ello es necesario que la persona haya quebrantado su rol. De esta manera Jakobs desarrolla criterios que excluyen la imputación objetiva. Estas reglas de imputación objetiva no son otra cosa que criterios empleados para la determinación precisa de los límites entre una conducta “socialmente correcta” y otra socialmente perturbadora. Ellas existen desde los inicios de la cultura humana, lo único que varía es su contenido que se define en función del contexto social.

Según Jakobs, los criterios de imputación objetiva en su conjunto pueden ser reconducidos a dos raíces con dos contenidos diversos. Por una parte, se trata de la finalidad propia del Derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas. De esta facultad de regulación se deriva que el comportamiento adecuado socialmente, es decir aquel que se mantiene en el rol, no se puede imputar como injusto ni siquiera cuando del mismo se produzcan efectos dañosos. La realización de este tipo de conducta está “permitida”. Se trata aquí de los criterios de “riesgo permitido” (*erlaubtes Risiko*), “principio de confianza” (*Vertrauensgrundsatz*), de la “comisión referida al garante” (*garantenbezogene Begehung*) (también denominada “ámbito de competencia de la víctima”) y de la “prohibición de regreso” (*Regreßverbot*). Estos criterios son desarrollos de categoría conocida como la “adecuación social”. Jakobs aclara que estos criterios coinciden unos con otros, de modo que puede entrañar dudas

⁷⁷⁴La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para comisión como para la omisión. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 211.

⁷⁷⁵JAKOBS, Günther: IO, pp. 15-16.

encuadrar los casos concretos⁷⁷⁶. Por otra parte, los criterios de imputación objetiva sirven a la regulación de los delitos de resultado. En este ámbito, para poder hablar de consumación, ha de haberse realizado un riesgo causado por el autor de modo no permitido⁷⁷⁷.

6.2.1 El riesgo permitido.

En toda sociedad existe un “riesgo permitido”, dado que toda sociedad, para posibilitar contactos anónimos, requiere de la aceptación de determinados niveles de riesgos. El nivel de aceptación de dichos riesgos depende cada sociedad en concreto. Así, Jakobs recurre al ejemplo de una sociedad necesitada de avances técnicos, que tolerará más riesgos que una sociedad que esté saturada por la técnica, afirmando que “la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad en concreto”⁷⁷⁸. Aunque aclara que la fijación de espacios de riesgo permitido no se debe exclusivamente a una medición técnica de acuerdo a la relación de coste-beneficio, sino que muchas veces el mismo es fruto de una recepción histórica: “siempre se ha hecho así”⁷⁷⁹ (fundamento tradicional)⁷⁸⁰.

La conducta que se mantiene dentro del riesgo permitido no perturba y el daño que ella ocasione es atribuido a la víctima a título de desgracia (infortunio de la víctima), pero no es considerada como injusto de aquél que se comportó dentro de los límites del riesgo permitido⁷⁸¹. Esa atribución a la víctima como infortunio, en el marco de una sociedad de libertades, sólo puede fundamentarse en la medida en que quien tenga que soportar los costes de la conducta permitida tenga carácter anónimo en el momento en que se desarrolle la actividad. Es decir:

⁷⁷⁶JAKOBS Günther: AT, pp. 184-185.

⁷⁷⁷JAKOBS Günther: AT, p. 185. En sentido similar JAKOBS considera que la doctrina de la imputación objetiva no trata tan sólo de la problemática de cuándo perturba socialmente o es socialmente normal una conducta, sino también de la problemática de la imputación objetiva del resultado, esto es, de la decisión acerca de cuándo la producción de un resultado típico obedece a la conducta no permitida y cuándo es consecuencia de un riesgo diferente. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 210.

⁷⁷⁸JAKOBS, Günther: “La imputación objetiva en el Derecho penal”, pp. 17-18.

⁷⁷⁹Lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisón de un riesgo, no queda legitimado por referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila. JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 48.

⁷⁸⁰JAKOBS, Günther: AT, p. 201; “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 212.

⁷⁸¹JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 212.

“El riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte”⁷⁸².

Dado que en este tipo de riesgos los mismos son tolerados de manera general, se distinguen de las situaciones de justificación porque aquí es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos que *per se* son perturbadores⁷⁸³. Una cuestión no tan sencilla de precisar es conforme a qué criterios se limita el riesgo permitido de aquel que ya no lo está, dado que hay ámbitos en los que la sociedad se transforma y en los que, por ello, cabe discutir sobre los límites de lo permitido.

6.2.2 Principio de Confianza.

Dado que la sociedad requiere de una división de trabajo entrelazando, no forma parte del rol de los sujetos intervinientes controlar de manera permanente a los demás intervinientes⁷⁸⁴. El principio de confianza trata los casos en los que el sujeto interviniente es garante de la evitación de un curso dañoso, pero dicho curso no se tornará nocivo en la medida en que todos los intervinientes se comporten correctamente. Este principio significa que a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza confiar en su comportamiento correcto. El fundamento del principio de confianza reside en que hay que tratar a los sujetos intervinientes como personas responsables, dado que la idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos únicamente de manera cognitiva y no en tanto sujetos responsables⁷⁸⁵.

A los efectos del principio de confianza, no es necesario que la conducta defectuosa sea posterior a la actuación del sujeto amparado en el principio de confianza. También puede darse el caso en que la confianza se dirija a que una determinada situación existente haya sido configurada de tal manera por un tercero, de modo que si el potencial autor cumple con sus deberes no se produce daño alguno. Aquí Jakobs utiliza el ejemplo del cirujano que en una

⁷⁸²JAKOBS, Günther: IO, p. 48; AT, p. 201.

⁷⁸³JAKOBS, Günther: IO, p. 50.

⁷⁸⁴JAKOBS, Günther: IO, p. 29.

⁷⁸⁵JAKOBS, Günther: AT, pp. 208-209; “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 218; IO, p. 30.

intervención quirúrgica actúa confiando en que el material ha sido debidamente esterilizado por el sujeto competente⁷⁸⁶.

A diferencia del riesgo permitido, en el cual aquellos perjuicios producidos en el marco de dicho principio son tolerados por la víctima a título de desgracia, en el principio de confianza sucede algo diferente. Dado que aquí los intervinientes son garantes del resultado, lo que uno de los intervinientes no tiene que compensar tiene que compensarlo o haberlo compensado el otro, en cuya diligencia cabe legítimamente confiar. Así, a partir de este principio cabe fundamentar la responsabilidad de un tercero que, defraudando la confianza, fue negligente. O dicho en otros términos, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad⁷⁸⁷.

El principio de confianza no rige sin límites, sino que hay supuestos en los cuales dicho criterio no debe ser tenido en cuenta. En primer lugar, este principio decae si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad, como es el caso del comportamiento de niños en el marco de las normas de tránsito, en estos casos la persona responsable no puede confiar en que el niño se comportará en su rol de peatón. En segundo término, se excluye el principio de confianza si la función de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; y esto puede suceder recíprocamente⁷⁸⁸. En tercer lugar, el principio de confianza cesa cuando concurre la conducta que defrauda las expectativas. Si el competente, en primer lugar, no dispone ya de la posibilidad de mantenerse dentro de su rol o comienza de un modo manifiesto a dejar pasar tal posibilidad sin aprovecharla, se tiene que revitalizar la competencia, hasta entonces latente, del otro sujeto, porque en tal caso procura un provecho

⁷⁸⁶JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 218; IO, p. 30.

⁷⁸⁷JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 219.

⁷⁸⁸JAKOBS cita el ejemplo de un conductor que adelanta a un ciclista que no tiene por qué contar con que éste gire a la izquierda inesperadamente (principio de confianza), pero tampoco puede descartar que su trayecto oscile algunos decímetros hacia la izquierda. Correlativamente, el ciclista no tiene por qué contar con que quien lo adelante deje sólo unos pocos centímetros de distancia de seguridad (principio de confianza), pero no le está permitido dar por supuesto que puede usar hasta el último centímetro de distancia de seguridad, sin daño para sí. En tales supuestos, se garantiza de modo plural que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas (el ciclista no debe dar bandazos si puede evitarlo, el conductor del automóvil debe incluir alguna posibilidad de bandazos en el cálculo de distancia de seguridad). JAKOBS, Günther: AT, p. 210.

más generalizado que la concentración, siguiendo las pautas de la división de trabajo en la propia tarea⁷⁸⁹.

6.2.3 La prohibición de regreso.

La problemática de la prohibición de regreso⁷⁹⁰ surge cuando varias personas realizan una empresa en común. Este criterio sirve para diferenciar la conducta que se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido, es decir, en el marco del respectivo rol, de aquella que constituye una participación en un hecho delictivo⁷⁹¹.

Aquí se tratan los casos en que el autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento inocuo de un tercero. En todos estos supuestos el tercero conoce el carácter delictivo de la conducta pero, a pesar de ello, se resta relevancia a su intervención por considerarse estereotipadamente inocua dado que él interviene en la tarea en común en el marco de su propio rol. En estos supuestos el autor no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar (tercero) un sentido lesivo de la norma; el tercero no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento⁷⁹².

Como ejemplos de la prohibición de regreso Jakobs cita los casos en que el autor compra una barra de pan para envenenarla o del autor que va en el taxi (x) hacia (y) para en (y) cometer un asesinato. En estos casos tanto la conducta del panadero como la del taxista es estereotipadamente inocua: ella se mantiene dentro del propio rol y, por ende, no es considerada como acción delictiva⁷⁹³.

La prohibición de regreso se fundamenta en la posibilidad de garantizar prestaciones estereotipadas en la sociedad. Así, el libre intercambio de mercancías, dinero e información sólo es posible en una sociedad cuyos miembros persiguen preferencias diversas, sin que la comunidad que respectivamente se establezca entre ellos quede limitada. Jakobs afirma que a

⁷⁸⁹JAKOBS, Günther: "Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales 'riesgo permitido', 'prohibición de regreso y 'principio de confianza'", p. 220.

⁷⁹⁰Sobre las diversas acepciones del concepto, véase JAKOBS, Günther: „Regreßverbot beim Erfolgsdelikt“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 89. Band, herausgegeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Richard Lange, Heinz Lefferenz, Claus Roxin, Eberhard Schmidt und Hans Welzel, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1977, pp. 1 y ss.

⁷⁹¹JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 215.

⁷⁹²Mas bien se encuentra ante él como cualquiera y responde por tanto, a lo sumo, por la lesión de garantías dotadas de una fundamentación por omisión de socorro. JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 218.

⁷⁹³JAKOBS, Günther: IO, p. 32.

nadie que se inserte en una comunidad así restringida se le tiene que reprochar cómo continúe actuando otro sujeto a su propio arbitrio hasta alcanzar el resultado; ello es únicamente cosa del otro⁷⁹⁴.

Jakobs desarrolla algunos criterios a tener en cuenta para determinar el ámbito de la prohibición de regreso. En primer lugar nadie puede ser obligado a establecer una empresa en común. Si alguien la quiere producir de manera unilateral y toma como punto de inicio un comportamiento precedente, el comportamiento del primer interviniente (tercero) no resulta afectado por la empresa unilateral⁷⁹⁵. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el tercero puede ser, en función de deberes institucionales, de la evitación de dicho curso⁷⁹⁶. Tampoco la prohibición de regreso elimina la responsabilidad que a todos incumbe por omisión de socorro⁷⁹⁷. En segundo lugar, si existe una comunidad limitada, nadie tiene que ser obligado a ampliarla. Esto se da en los negocios de la vida cotidiana, especialmente en los negocios de intercambio. Aquí la comunidad se limita a lo pactado⁷⁹⁸. En estos supuestos rigen las mismas limitaciones desarrolladas anteriormente. En tercer y último lugar ya no cabe hablar de prohibición de regreso cuando el sentido de la conducta del tercero depende de que el autor la prosiga de manera delictiva. La conducta del tercero, conforme a un sentido objetivo, consiste en la incitación o favorecimiento de un delito. Estos son supuestos de complicidad e

⁷⁹⁴JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 216.

⁷⁹⁵JAKOBS cita el ejemplo de alguien que quiere cambiar de religión y otro amenaza con que si ello sucede matará a un tercero. JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 216; o bien, si un juez desarrollando un determinado proceso a pesar de la amenaza de unos terroristas de asesinar a un ministro si el proceso continúa –al menos en lo que se refiere a esta razón- se convierte en un asunto del juez. JAKOBS, Günther: *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 94.

⁷⁹⁶Por ejemplo si la amenaza consiste en matar a su hijo. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 216.

⁷⁹⁷JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 217

⁷⁹⁸El vendedor de un automóvil responde de la calidad de éste, pero no de la conducción a velocidad superior a la permitida o bajo la influencia de bebidas alcohólicas realizada por el adquirente (aunque quizás la prevea con seguridad, al conocer al comprador como calavera); el conductor de un taxi debe conducir con seguridad, pero no está obligado a ocuparse de lo que el cliente haga en el punto de destino; el suministrador de interruptores eléctricos ha cumplido con su deber si los aparatos funcionan perfectamente, y no es asunto suyo que el receptor los introduzca en aparatos del hogar bien o mal diseñados o quizás construya con el último interruptor un juguete eléctrico para su hijo o un artefacto explosivo contra su enemigo. Lo que hay de común entre los intervinientes en estos casos queda limitado al intercambio de prestaciones con una definición fija; por lo demás, las personas siguen aisladas. En una sociedad altamente compleja, habituada al reparto de tareas, la limitación de lo común, acabada de esbozar, a un intercambio de prestaciones –sin considerar el ulterior desarrollo- es presupuesto de una constitución de libertades, es decir, que sigue siendo compleja; pues de lo contrario se produciría un asfixiante control y vigilancia mutuos. La libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno. JAKOBS, Günther: *El ocaso del dominio del hecho*, p. 95-96.

inducción. El riesgo no permitido de una participación delictiva no reside ya en la creación de una situación que otro interpretará como incitación o favorecimiento de un delito, sino tan sólo en una conducta cuyo sentido objetivo consiste en la incitación o favorecimiento de un delito⁷⁹⁹. Cuando el tercero se introduce con su conducta en una planificación especialmente delictiva, rebasa el límite de lo socialmente inadecuado, constituyendo supuestos de inducción o complicidad⁸⁰⁰.

6.2.4 El ámbito de competencia de la víctima.

El último de los criterios desarrollados por Jakobs es aquel en el cual la persona lesionada en sus derechos es a quien se le imputa el resultado lesivo. Esta imputación puede darse de dos maneras diversas: a) puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente la imputación de la conducta lesiva o bien b) puede que la víctima se encuentre en una situación en que tenga que aceptar la atribución de las consecuencias como obra del destino.

Los supuestos de comportamiento precedente de la víctima, que fundamentan la imputación a ella, abarcan, entre otros, los casos de consentimiento. En estos supuestos no es el hecho psíquico presente en el acuerdo de voluntades lo que fundamenta la imputación, sino la ampliación de las obligaciones de autoprotección que se expresa en el acto de voluntad. Jakobs aclara que esta ampliación puede desarrollarse también sin el dato volitivo, esto es, por una conducta que tiene el significado objetivo de una aceptación de la conducta peligrosa ajena; por eso el concepto que mejor describe estos supuestos es el de “actuación a propio riesgo”⁸⁰¹. En este grupo también comprende los casos en que la víctima se comporta de manera arriesgada lesionando un deber de autoprotección. Si la víctima emprende una conducta arriesgada, debe aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles. Dentro de las acciones arriesgadas Jakobs

⁷⁹⁹Para JAKOBS carecen de un sentido específicamente delictivo la entrega de medios que están disponibles por doquier o la comunicación de informaciones que se hallan al alcance de todos y es indiferente si una interacción de este tipo se realiza con un individuo cualquiera, del que nada se sabe, o con un amigo del que se conoce que planea cometer un robo. JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 218.

⁸⁰⁰Esto último es el caso cuando se encuentra en un solo contexto con el actuar posterior, y puede entrar en ese contexto por dos vías: en primer lugar, al colocarlo el propio interviniente en él de modo no esotérico, sino de manera objetivamente comprensible, y, en segundo lugar, al llevar a cabo una prestación que de modo estereotipado forma parte del contexto del comportamiento subsiguiente. JAKOBS, Günther: *El ocaso del dominio del hecho*, p. 96-97.

⁸⁰¹JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 221/ “La imputación objetiva en el Derecho penal”, p. 34.

trata el caso de contacto sexual en el que una de las personas es portadora del HIV aunque el ámbito de su alcance no está del todo claro⁸⁰².

En el segundo grupo de casos comprende los supuestos en que la víctima no tiene derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, dado que el autor ha actuado en los límites de su rol. La única solución posible es que la víctima asuma dicha situación como infortunio⁸⁰³.

6.2.5 La realización del riesgo en el resultado.

Dentro de este principio Jakobs analiza diversos supuestos en los cuales, pese a que el autor con su comportamiento ha generado un riesgo no permitido, el resultado lesivo no le es imputado por diversos motivos.

En los delitos de resultado del conjunto de factores intervienen (causalmente) como condiciones del resultado; Jakobs sólo toma un conjunto parcial de ellos al que lo denomina “riesgo”. Así, desde la óptica del derecho penal, sólo la lesión típica de condiciones de interacción aparece directamente como un riesgo (comportamiento no permitido)⁸⁰⁴.

El hecho de que una conducta genere un riesgo no permitido no prejuzga sin más que el resultado lesivo le sea imputado ineludiblemente al comportamiento defectuoso del autor⁸⁰⁵. En el ámbito de los delitos de resultados hay que determinar, además, cuándo la producción de un resultado típico obedece a la conducta no permitida del autor y cuándo es consecuencia de un riesgo diferente⁸⁰⁶.

La explicación del fenómeno a través de la causalidad, es decir de la conexión entre riesgo y resultado, es válida en la medida en que de los diversos riesgos intervinientes sólo uno de ellos se presente como condición del curso causal. Sin embargo, este modelo de explicación

⁸⁰²JAKOBS, Günther: IO, pp. 36-37.

⁸⁰³El caso probablemente más importante dentro de este campo se refiere a la medicina en el ámbito de los cuidados intensivos: es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente cuando dichas prestaciones ya no estén indicadas médicamente. En estos casos, aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, constituye una desgracia del paciente el hecho de estar organizado de una manera propensa a sufrir el daño. JAKOBS, Günther: IO, p. 35.

⁸⁰⁴JAKOBS, Günther: IO, pp. 103-104.

⁸⁰⁵JAKOBS, Günther: IO, p. 101.

⁸⁰⁶JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 210.

se torna insuficiente cuando concurren varios riesgos, todos ellos susceptibles de producir el resultado⁸⁰⁷.

Además, no todos los pormenores de un curso lesivo necesitan ser explicados, sino sólo aquellos en los que se fundamenta la conducta lesiva. Conforme a este punto de vista, cabe la posibilidad que en el transcurso de un curso lesivo se vean modificados detalles de dicho desarrollo, variando así el curso causal, pero lo determinante en este caso es que el riesgo sigue siendo idéntico⁸⁰⁸.

En el esquema de comprensión de Jakobs no generan mayores problemas los casos en que la administración del riesgo compete a varias personas⁸⁰⁹, puesto que se trata de casos de participación. Puede que el mismo sea competencia de varias personas (autor y tercero/s) o bien, que el autor sea competente junto con la víctima, en cuyo caso ésta viola sus deberes de autoprotección. También, según Jakobs, podría darse el supuesto en que concurra el comportamiento defectuoso del autor con el infortunio de la víctima⁸¹⁰.

Más problemática resulta la solución de los casos de concurrencia de varios riesgos: en ellos se abordan los supuestos en que el autor genera un riesgo no permitido que puede afectar una situación que a su vez ya está amenazada por un riesgo. Por ello resulta necesario, para determinar la responsabilidad por delito consumado, establecer si se ha realizado el riesgo generado por el autor, u otro riesgo diverso⁸¹¹. De lo que se trata, en última instancia, es de explicar el fenómeno a partir de un riesgo, aunque el mismo competa a varias personas.

⁸⁰⁷JAKOBS, Günther: “La imputación objetiva en el Derecho penal”, p. 106.

⁸⁰⁸JAKOBS, Günther: „Risikokonkurrenz- Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht“, en „Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987“, herausgegeben von Wilfried Küper und Verbindung mit Ingeborg Puppe und Jörg Tenckhoff, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1987, p. 54 .

⁸⁰⁹“No siempre es responsable una sola persona de un riesgo. Sin embargo, no se presenta dificultad alguna cuando son varios quienes ocasionan en común un comportamiento arriesgado. Por ejemplo: varias personas juegan juntas con fuego (...) Pero puede también ocurrir que varias personas tengan, una al lado de la otra, la misión de contener el riesgo. Tal es siempre el caso cuando hay que contar recíprocamente con un riesgo ya existente, sobre todo cuando se ha ocasionado un comportamiento defectuoso”. JAKOBS, Günther: AT, pp. 229-230. Pero también la víctima puede ser corresponsable sin que por ello deba desaparecer la imputación al autor, por lo tanto, la responsabilidad del autor y la responsabilidad de la víctima pueden solaparse, por ejemplo: quien, al caminar por la franja central de una ruta nacional, resulta lesionado debido a la falta de atención del conductor de un automóvil, debe atribuirse la lesión también a sí mismo – sin perjuicio de la responsabilidad del autor por lesiones imprudentes –y, por cierto, debido a la vulneración de las cargas de autoprotección. JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 57.

⁸¹⁰JAKOBS cita el ejemplo del peatón que pretende esquivar un vehículo que se aproxima excediendo el límite de velocidad, resbala sobre una mancha de aceite y se rompe una pierna. JAKOBS, Günther: IO, p. 106.

⁸¹¹JAKOBS, Günther: AT, p. 222.

El resultado dañoso, cuya realización se establece señalando el riesgo, en el caso de los delitos de resultado lesivo, consiste en la lesión de un bien objetivo; se trata, pues, de determinar el curso causal efectivamente dañoso⁸¹². Al respecto Jakobs señala que:

“Se podría construir un sistema del Derecho penal que tuviera en cuenta el estado de las posibilidades y formulara como resultado típico la destrucción de una posibilidad de persistencia o el empeoramiento de un saldo de posibilidades. Sin embargo, el Derecho vigente no atiende a ello, sino a la producción del daño”⁸¹³.

La realización del riesgo (curso causal efectivamente dañoso) no es otra cosa que una especificación de la causalidad. En caso de faltar la realización del riesgo, falta también la relevancia jurídica de la causalidad existente; sin embargo, aclara Jakobs, esta relevancia no puede ser aportada a un sistema de imputación sin variar la causalidad. “Si falta la realización del riesgo entonces también falta la causalidad relevante”⁸¹⁴.

Dado que el derecho se interesa por la producción del daño y no por la pérdida de una posibilidad de persistencia, se debe determinar cuándo el daño es la producción de un riesgo no permitido. En este sentido, un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo. Si no se necesita uno de estos datos, no se ha realizado la relación no permitida. El juicio para determinar si se ha realizado o no el riesgo, según Jakobs:

“Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo. Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo”⁸¹⁵.

6.2.5.1 La exclusión de la imputación del resultado.

Jakobs, dentro de la categoría de la realización del resultado, analiza una serie de casos fijando criterios para establecer cuáles de ellos son atribuidos al generador del riesgo no permitido y cuáles no. Estos casos son los daños planificables y no planificables, los

⁸¹²JAKOBS, Günther: AT, p. 223.

⁸¹³Man könnte ein Strafrechtssystem Konstruieren, das den Chancenstand berücksichtigt und als tatbestandlichen Erfolg die Zerstörung einer Bestandschance oder die Verschlechterung eines Chancesaldos formuliert. das geltende Recht stellt aber darauf nicht ab, sondern auf den Shadenseintritt. JAKOBS, Günther: AT, p. 223.

⁸¹⁴Fehlt die Risikoverwirklichung, so fehlt die relevante Kausalität. JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 60.

⁸¹⁵JAKOBS, Günther: AT, p. 226.

supuestos de daños secundarios o duraderos y los casos de resultados hipercondicionados. Debemos aclarar que Jakobs no tiene en cuenta la fórmula hipotética del comportamiento alternativo conforme a derecho como criterio de exclusión de la imputación puesto que, según su punto de vista, las garantías normativas deben mantenerse. Sin embargo, si el comportamiento debido fuese inidóneo para evitar el resultado, la no imputación de las consecuencias no se fundamenta en un juicio hipotético sino recurriendo a la imputación de a la víctima⁸¹⁶.

Jakobs desarrolla la distinción entre daños planificables y no planificables. En todo actuar no permitido el autor configura una doble relación con la víctima. Por un lado, el autor impone su ámbito de organización a la víctima obligándola a soportar un riesgo susceptible de convertirse en daño, a partir del cual ésta sólo puede orientarse remitiéndose al comportamiento del autor como modo de comprensión del fenómeno. Por otro lado, el autor con su intervención varía el riesgo general de la vida que la víctima soporta, es decir, el ámbito no planificable de los acontecimientos buenos y malos. Los riesgos pertenecientes al ámbito no planificable no pueden ser imputados al autor aunque de él se deriven daños a la víctima. Éste es el criterio que tiene en cuenta Jakobs para imputar o no los daños en los casos en que el autor coloca a la víctima en la situación de sufrir posteriores daños (daños secundarios).

También falta la realización del riesgo cuando el riesgo no permitido no existe en absoluto para la víctima al momento en que ésta es lesionada. El caso citado por Jakobs es el del autor que no se detiene en un semáforo (generando un riesgo no permitido) y atropella luego de 1 km, comportándose de manera permitida, a un peatón que resulta lesionado; recurriendo a un juicio hipotético: si el autor se hubiera detenido en el semáforo en rojo, no habría llegado aún al lugar del accidente en el momento de la caída y por ende no habría lesionado a la víctima. El riesgo no permitido en este caso no fundamenta la lesión que se produce en el marco del riesgo permitido⁸¹⁷.

Respecto de los resultados hipercondicionados, supuestos en los que existen múltiples condiciones de un riesgo resultando imposible determinar a nivel teórico cuáles de ellos son eficaces, se debe determinar en estos casos cuál de los riesgos es el que primero se concreta

⁸¹⁶JAKOBS, Günther: IO, p. 119 .

⁸¹⁷Entran aquí los casos tratados por Roxin en el ámbito de protección de la norma. JAKOBS, Günther: AT, p. 228.

perfectamente, es decir, cuál es que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que le incumbe⁸¹⁸, puesto que cuando un riesgo idéntico ya no es influenciado mediante la observancia de la norma, tampoco pueden existir deberes de evitación de ese riesgo⁸¹⁹.

6.3 La distinción entre imputación objetiva y justificación.

Cuando una acción en su sentido social significa “lesión”, es decir, cuando la misma es considerada socialmente anómala, no significa sin más que en todo contexto, se lesiona antijurídicamente, dado que puede mediar una causa de justificación. Las causas de justificación son, en este esquema, motivos bien fundados para ejecutar una acción en sí prohibida; la misma es socialmente tolerable sólo en función del contexto en que se la realiza^{820 821}.

Jakobs adopta una diferenciación que, siguiendo a Christian Jäger, podríamos catalogar de “material”⁸²². Para Jakobs, las causales de justificación son buenos motivos jurídicos para ejecutar una acción en sí prohibida⁸²³. Jakobs cree, que no es posible reducir las casuales de

⁸¹⁸JAKOBS, Günther: AT, pp. 230-131.

⁸¹⁹JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 69.

⁸²⁰JAKOBS, Günther: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 44. / AT, p. 349.

⁸²¹El riesgo permitido como obstáculo en la imputación objetiva, es decir, como obstáculo del tipo, debe distinguirse, por lo demás, en el riesgo permitido fundamentado en la ponderación de intereses, del estado de necesidad justificante. También en el estado de necesidad justificante se tienen en cuenta riesgos (peligros) para intereses, que pueden conducir a la autorización de un comportamiento arriesgado. Sin embargo, en el estado de necesidad justificante se trata siempre de la especial relación de finalidad en que se encuentra la acción: El contexto de la acción justificada. En el riesgo permitido, por el contrario, puede que el contexto de la acción esperado típicamente haya proporcionado el motivo para la autorización del riesgo, sin que en la acción concreta importe si ésta tiene lugar en un contexto determinado (...) Así, el límite entre el riesgo permitido y el estado de necesidad justificante se integra sin modificación alguna en el límite general entre exclusión del tipo y justificación: Lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo. Con arreglo a los mencionados criterios de distinción, resultaría erróneo deducir de la observancia del riesgo permitido sólo de que se ha observado determinada *lex artis* – p. ej., en una operación arriesgada –, pues la autorización para emprender una acción respetuosa de la *lex artis* puede (pero no cabe) llevarse a cabo sin tener en cuenta la relación de finalidad. Así, conducir “conforme a las reglas” está permitido siempre, mientras que para que esté justificada la amputación de una pierna conforme a la *lex artis* resulta necesario, junto al consentimiento, un fin razonable. Naturalmente, cabe integrar la relación de finalidad en la *lex artis*: Entonces, sólo la indicación médicamente indicada es conforme a las reglas del arte, pero así no se elimina la relevancia de la relación de finalidad. JAKOBS, Günther: AT, p. 203.

⁸²²JÄGER, Christian: *Zurechnung und Rechtsfertigung als Kategorialeprinzipien im Strafrecht*, 1. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006, p. 16.

⁸²³JAKOBS, Günther: SsZ, p. 44; AT, p. 349. JAKOBS en su *Lehrbuch* fundamenta las causales de justificación en función de diversos principios. El primero de ellos es el principio de la responsabilidad (*Prinzip der Verantwortung*) o en su versión limitada, el “principio de ocasionamiento” (*Prinzip der Veranlassung*). El fundamento yace en que la víctima de la intervención debe responder por las consecuencias de su propia organización. En función de este principio se encuentran la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, entre otros. Otro principio desarrollado por JAKOBS es el “principio de la definición de intereses por parte de la

justificación a un principio. En las conductas justificadas no se trata de acciones socialmente perturbadoras, sino de una conducta que está aceptada como socialmente tolerada solo en referencia a su contexto, exactamente a su situación de justificación.

Jäger considera que si Jakobs tuviera razón, entonces la disminución del riesgo (*Risikoverringering*) también debería ser clasificada como una causal de justificación, aunque la opinión dominante acepta aquí una exclusión del tipo (*Tatbestandsausschluss*). La disminución del riesgo debería, según Jakobs, ser una causal de justificación porque ella es un “buen motivo” (*guter Grund*); no habría más nada que decir, la disminución del riesgo es absolutamente el mejor motivo para una acción⁸²⁴.

No es correcto cuando Jakobs equipara la falta de tipicidad con la conducta no perturbadora, mientras se deduce la tolerabilidad social en la causa de justificación sólo en referencia al contexto del comportamiento (*Verhaltenskontext*). Puesto que también son definibles las causas de exclusión de la imputación sólo en consideración del contexto del comportamiento⁸²⁵.

6.4 La separación entre injusto y culpabilidad.

Si bien Jakobs considera a la imputación como un juicio global, en su *Lerhbuch* reconoce la necesidad lógica de distinguir entre dos juicios de imputación diferentes: uno perteneciente al ámbito del injusto y otro a la culpabilidad. Ello se basa en la idea de que la falta de culpabilidad (por imposibilidad de conocer o cumplir la norma) presupone que la norma exista como tal con independencia de su cognoscibilidad o posibilidad de cumplirla. Por este

víctima” (*Prinzip Interessensdefinition durch das Eingriffsoffer*); en estos casos es la víctima quien administra sus intereses modificando la ordenación de éstos, es ella quien decide cuándo una situación es beneficiosa. Este principio fundamenta el consentimiento justificante y la autorización oficial justificante. El último de los principios desarrollados es el que fundamenta el estado de necesidad justificante y lo denomina “principio de solidaridad” (*Solidaritätsprinzip*); en estos casos la víctima de la intervención debe soportar el daño en función de otros intereses, en espacial, los de la comunidad. AT, p. 350; Sin embargo, en *System der strafrechtlichen Zurechnung*, JAKOBS varía parcialmente los principios antes mencionados. Conserva el principio de ocasionamiento pero sustituye el principio de solidaridad por el de principio de primacía de intereses públicos (*Prinzip des Vorrangs öffentlichen Interesses*). SsZ, p. 45.

⁸²⁴JÄGER, Christian: Ob. Cit. p., 16.

⁸²⁵JÄGER, Christian: Ob. Cit. pp. 16, 17; por ejemplo el gravemente alcoholizado A lleva consigo en su auto al copiloto B y causa estando alcoholizado un accidente, del cual resulta el copiloto B gravemente lesionado, esto es entonces socialmente perturbador y, por lo tanto puede, cumplir con el tipo penal de lesiones imprudentes o de homicidio. Pero si B se ha dejado llevar en conocimiento del riesgo, entonces justifica esto según una extendida doctrina ya al nivel del tipo una considerada exclusión de la imputación que solamente es comprobable según el contexto (exactamente, el transporte de un copiloto que conoce la alcoholización del conducto y que acepta el riesgo). Absolutamente no es más posible la equiparación de la conducta no típica con el comportamiento socialmente no perturbador, al menos desde el reconocimiento de la teoría de la finalidad de protección.

motivo aquello que es contrario a la norma, es decir el injusto, puede existir con independencia de la culpabilidad. Además Jakobs agrega que algunos preceptos pertenecientes al ámbito de la culpabilidad, específicamente aquellos que se refieren al injusto, no pueden formar parte de la norma, sino que constituyen un ámbito de “meta-reglas”. De allí distingue entre el injusto como vulneración de la norma, por un lado, y la culpabilidad entendida como la obligación de responder por la vulneración de la norma, por el otro⁸²⁶. Sin embargo, esta distinción es puesta bastante en duda a partir de su concepto de acción que se despliega hasta la culpabilidad y, más aún, que en su reciente obra titulada *System der Strafrechtlichen Zurechnung* postula un tipo total de imputación (*Gesamtzurechnungstatbestand*) que abarcaría todos los presupuestos de la acción culpable⁸²⁷.

6.5 La culpabilidad: naturaleza versus sentido.

Quizás la culpabilidad (*Schuld*) sea el concepto más importante para lograr una comprensión cabal del concepto de imputación propuesto por Jakobs, puesto que entre imputación, culpabilidad y pena media una relación dialéctica.

En el esquema de Jakobs, un comportamiento puede ser interpretado como manifestación de sentido y por tanto considerado culpable, o bien, como mera naturaleza. Sólo cabe una de dichas alternativas, nunca ambas⁸²⁸. Aquel resultado dañoso que es considerado naturaleza no es interpretado como “muerte” o “lesión corporal” puesto que el hecho no se contrapone a ninguna norma. Este código binario no es algo fijo, se rige más bien de acuerdo a las necesidades y posibilidades de la sociedad, por eso no es el autor solamente quien dota por sí sólo el significado a su comportamiento, sino que se comprueba de acuerdo a “modelos” sociales si el autor es competente de acuerdo a las necesidades dadas o, por el contrario, su actuar vale como naturaleza; dicho de otra manera, si su comportamiento es presentado como culpable o no⁸²⁹. En el modelo de comprensión de Jakobs, la imputación jurídico-penal es idéntica con la comprobación de la culpabilidad.

Para Jakobs la culpabilidad en el ámbito del derecho se determina de manera general-normativa, es decir en cuanto sujeto que se define como ciudadano. La culpabilidad no es otra

⁸²⁶ JAKOBS, Günther: AT, p. 128.

⁸²⁷ JAKOBS, Günther: SsZ, p. 24.

⁸²⁸ JAKOBS, Günther: SsZ, p. 59.

⁸²⁹ JAKOBS, Günther: SsZ, p. 61.

cosa que una falta de fidelidad al derecho por parte del autor (en su rol de ciudadano)⁸³⁰. Mientras Jakobs, en el tratamiento de *Culpabilidad y prevención (Schuld und Prävention)* del año 1976, la interpretación preventiva y justificación jurídica del concepto de culpabilidad relacionaba explícitamente al sistema jurídico del momento y por ello la legitimidad ya estaba implícita en la orden⁸³¹, cuya estabilización debía ser la finalidad de la pena y de la imputación, Jakobs diferencia explícitamente en el tratamiento de “*El principio de culpabilidad*” (*Das Schuldprinzip*) del año 1993 un concepto formal de culpabilidad válido para cualquier orden, de un concepto material que se encuentra sólo en órdenes legítimas. A partir de este momento el concepto de culpabilidad en Jakobs tiene un sentido material que va más allá del contenido meramente formal consistente en la afirmación de la culpabilidad como medio para garantizar la estabilidad social. El contenido material de la culpabilidad se manifiesta en la medida en que el delito es interpretado como una perturbación proveniente de una persona, no de un animal o cosa. La imputación vincula el suceso entendido como un esbozo de la realidad, y la pena como contradicción del esbozo de sociedad representado por el autor, considerando a éste en tanto persona. En este sentido, Jakobs recurre a Hegel⁸³² al afirmar que solamente considerando al delincuente como persona pueden comprenderse el hecho y la pena como contexto de sentido y no como secuencia irracional de dos males⁸³³.

Siguiendo a Günther podemos decir que en Jakobs la imputación a la persona significa que aquella es aislada de una multitud de posibles causas y circunstancias que pueden explicar la

⁸³⁰JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 48.

⁸³¹GÜNTHER, Klaus: *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personale Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Verlag Vittorio Klostermann, 2005, p. 51.

⁸³²“La vulneración con la cual es afectada la voluntad que es en sí (es decir, respecto a la voluntad de aquel que viola, así como a la del vulnerado y de los demás), no tiene existencia positiva en esa voluntad, que como tal es en sí, como tampoco en el simple producto. Por sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, a este respecto, inviolable. La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es sólo algo negativo. *La existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente.* La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1820/21), 1. Auflage, herausgegeben von Bernhard Lakebrink, Stuttgart, Reclam Verlag, 2009, § 99, p. 195; por su parte en el §100 afirma que no se trata sólo del concepto de delito, de lo racional del mismo en y por sí, que el estado debe hacer valer con o sin el consentimiento de los individuos, sino que, además, en la acción misma del delincuente está la racionalidad formal, el querer del individuo. Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se honra al delincuente como un ser racional. No se le concederá este honor si el concepto y la medida de la pena no se toman del hecho mismo, si se lo considera como un animal dañoso que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o la corrección. pp. 199-200.

⁸³³JAKOBS, Günther: “El principio de Culpabilidad”, en “El principio de Culpabilidad. Dos cuestiones fundamentales”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 43-44.

defraudación de la expectativa. En este esquema la persona es explicada por la única causa. Esta causa debe estar de hecho en condiciones de procurar que nadie pueda ser responsable por sus efectos a excepción de la persona misma. En caso contrario, serían responsables otros sujetos por la frustración quizás incluso el expectante mismo, que debería revisar sus expectativas. Por lo tanto, la persona debe ser constituida de manera que la imputación esté relacionada a algo, a una motivación, que sólo puede ser asignada a la persona misma. Ésta vale como fuente de error y por su motivación cada uno es responsable. La defraudación de la expectativa puede, entonces, ser explicada de manera que su causa se basa en la motivación errónea, o sea, en la motivación no conforme a derecho, en un defecto en el respeto de la norma, por lo cual la persona es responsable⁸³⁴.

Por otro lado, las causas del defecto de dicha motivación sólo incumben al autor y así también las patologías u otras alteraciones que padezca el autor que indican que se trata de un sujeto al que no se le puede realizar el juicio de imputación como culpable porque no se la puede considerar como miembro pleno del ámbito social que regula el derecho⁸³⁵: o sea, sólo formalmente es persona. Sus factores perturbadores son interpretados como mera naturaleza.

7 Críticas.

El modelo teórico presentado por Jakobs, en el que vincula el sistema de la teoría del delito con la finalidad de la pena entendida como prevención especial positiva, ha recibido varias críticas provenientes no sólo de sectores no funcionalistas, sino también de autores enrolados dentro de las corrientes teleológicas.

Una primera crítica que se le formula a su teoría es que a través de la renormativización de los conceptos en función de la finalidad de la pena, si bien quita a dichas categorías de análisis de su sustrato ontológico, al rellenar su contenido con las finalidades sociales produce una sociologización del derecho penal, y de la teoría del delito en particular. Así, conceptos tales como el de culpabilidad, se encuentra en función de las necesidades de prevención, y aquello que se considere “culpable” varía en función de si una determinada sociedad cuenta o no con otros medios para resolver el conflicto.

⁸³⁴GÜNTHER, Klaus: Ob. Cit, p. 43.

⁸³⁵LÓPEZ DÍAZ, Claudia: *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 211.

Schünemann considera que el método utilizado por Jakobs, que se remite para la interpretación de los conceptos únicamente a las necesidades sistémicas, conduce a una serie de argumentaciones circulares que solapan decisiones tomadas de modo decisionista. Para su crítica toma el ejemplo del concepto de culpabilidad de Jakobs conforme al cual se desprende de la idea de poder actuar de otro modo, concepto que a su vez es el resultado de la imputación jurídico-penal. De este modo el concepto de la imputación se explica a través del concepto de culpabilidad, y la culpabilidad por medio de la imputación, estableciéndose de esta manera un círculo vicioso. Considera además, que a través de la fachada normativista-funcionalista, Jakobs permite la apertura de las compuertas a las meras decisiones⁸³⁶.

Otra crítica dirigida contra el esquema propuesto por Jakobs pone de relieve que su concepto funcional de culpabilidad instrumentaliza al ciudadano que va a ser sometido a pena. Ante esta crítica Jakobs responde que su concepción no es más que una “descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace tiempo⁸³⁷”.

8 Valoración crítica del modelo propuesto por Jakobs.

Jakobs reformula la finalidad de la dogmática jurídico-penal reorientándola a la necesidad preventiva de la pena (en su versión general-negativa). En dicha tarea, normativiza los conceptos de la teoría del delito en función de esta única finalidad, lo que produce no sólo la eliminación del sustrato ontológico de los mismos, sino también que una vez renormativizados los conceptos se refieran unos a otros, lo que produce una circularidad hermenéutica. Además, en esta reconceptualización no se produce una mayor independencia científica de la dogmática jurídico-penal sino que, por el contrario, produce una suerte de “sociologización” de la dogmática, puesto que el contenido de los conceptos es aportado por las necesidades sociales de prevención.

Por otra parte, Jakobs propone una teoría sistémico-funcionalista en la cual el derecho penal no es más que un subsistema social dentro de un sistema más amplio que es la sociedad entendida en términos de comunicación. Esa base luhmanniana es sumamente compleja de explicar, particularmente en lo referente a cómo se relacionan ambos subsistemas, y en particular, a la cuestión de por qué interviene el sub-sistema penal, que debería ser la *ultima*

⁸³⁶SCHÜNEMANN, Bernd: GA, 1995, pp. 220-221.

⁸³⁷JAKOBS, Günther: SsZ, p. 60.

ratio en la resolución de conflictos, en lugar de otros subsistemas (otras instancias de protección).

A lo largo de los años Jakobs ha ido dejando de lado sus fundamentos sociológicos, acercando su modelo de comprensión a las teorías hegelianas. Esto se visualiza particularmente en sus conceptos de acción, imputación y culpabilidad, conceptos que necesariamente se encuentran en mutua referencia.

En este esquema, su categoría conocida como “imputación objetiva” no es más que un recorte del concepto global de imputación, es decir aquella parte de la realidad que se considera como socialmente perturbadora. Mejor dicho, a través de este concepto Jakobs va a determinar bajo qué presupuestos una conducta es jurídicamente relevante, y ello se realiza a través de diversos criterios normativos, qué son considerados “objetivos”, es decir a través de estándares que fijan los límites de cuándo una conducta es acorde a un rol.

Jakobs, a través de su concepto amplio de imputación, se acerca aún más al concepto de imputación de Hegel, ya que ésta se presenta como un concepto vinculado a la finalidad de la pena (prevención general positiva). Al igual que Hegel, la teoría de la pena determina la necesidad de imputación. La pena se determina por el sinalagma indisociable entre acción y responsabilidad⁸³⁸. Además, la imputación se ha convertido en un juicio global sobre el hecho y el derecho, sobre la voluntad y el conocer; tanto en Jakobs como en Hegel se trata de imputar un hecho, a la vez que se mide y se reprocha⁸³⁹.

El concepto de imputación en Jakobs se identifica con el delito como totalidad y no, como hemos visto en los otros autores, con un concepto circunscripto en su finalidad de establecer los resultados imputables. Para Jakobs “La teoría de la imputación desarrolla los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad”⁸⁴⁰. Así, es imputación tanto la atribución del hecho como la imputación a la culpabilidad. Si bien adopta un concepto global de imputación, reconoce que en dicho concepto resulta necesario

⁸³⁸En Hegel el delincuente es tomado en serio como persona, lo cual significa: responsabilidad por las consecuencias es la otra cara de la moneda que supone la libertad de poder organizar. LESCH, Heiko: “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en ADPCP, T.XLVIII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1995, pp. 921.

⁸³⁹SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Imputación y teoría del delito. La teoría kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, p. 287.

⁸⁴⁰Die Lehre von der Zurechnung entwickelt die verwendeten Begriffe: Verhalten des Subjekts, Normbruch, Schuld. JAKOBS, Günther: AT, p. 126.

distinguir al menos dos niveles de imputación: una imputación como injusto y una imputación como culpabilidad. De esta manera, una primera cuestión de la imputación, la de si alguien contraviene una norma con su comportamiento, es decir, la de si se comporta antijurídicamente, ha de separarse de la segunda cuestión de la imputación, la de si la infracción fue evitable mediante una conducta racional⁸⁴¹. No obstante, su proposición de un tipo total de imputación (*Gesamtzurechnungstatbestand*) que incluya a la culpabilidad pone en duda si sigue manteniendo esta distinción.

Si bien a los fines de las consecuencias jurídicas es igual si estamos ante una conducta no perturbadora (no típica) o bien ante una conducta justificada, bien es verdad que en Jakobs no resulta fácil el criterio de distinción entre causas de exclusión de la tipicidad (*Tatbestandsausschluss*) y las causales de justificación (*Rechtfertigung*). La diferencia estaría dada en que, para este autor, en las primeras se trata de acciones que no constituyen una perturbación social y por tanto, son socialmente toleradas. En las segundas, por el contrario, su tolerancia, es decir su consideración como socialmente no perturbadora, estaría determinada por el contexto en el cual se ejecuta (*Verhaltenskontext*). Sin embargo, este criterio resulta ser impreciso puesto que también en la consideración de las causas de exclusión del tipo se tiene en cuenta el contexto de la conducta en vistas de su consideración como socialmente tolerada.

En lo que respecta al concepto de culpabilidad, en un primer momento, particularmente en *Schuld und Prävention*, la culpabilidad se explica a través de las necesidades preventivas de estabilización del sistema. Sin embargo en *das Schuldprinzip*, hay una nueva concepción sobre la perturbación de la norma y, en particular, del sujeto delincuente, que dotan al concepto analizado de un contenido material. El concepto de culpabilidad en Jakobs tiene un sentido material que va más allá del contenido meramente formal que se presenta en la afirmación de la culpabilidad como medio para garantizar la estabilidad social. El contenido material de la culpabilidad se presenta en la medida en que el delito es interpretado como una perturbación proveniente de una persona, no de un animal o cosa. De esta manera, a través de la afirmación de la culpabilidad, se presenta a la pena como contradicción del esbozo de sociedad representado por el autor, considerando a éste en tanto persona. En este modo de

⁸⁴¹Ninguna norma puede regir sólo para el caso de que se la comprenda, pues debe ser, como norma ya vigente, objeto de comprensión. JAKOBS, Günther: AT, p. 128.

entender la culpabilidad hay una identificación con Hegel, cuando éste afirma que mediante la pena se honra al delincuente como persona.

No obstante la modificación que ha tenido el concepto de culpabilidad, debemos reconocer que inclusive en su última versión, la culpabilidad sigue dependiendo de necesidades preventivas y, en esa medida, el autor es mediatizado. Un concepto de culpabilidad de este tipo, por más que Jakobs considere que no es más que una descripción de la realidad, supone una mediatización de la persona, dado que la consideración de un sujeto como culpable depende de las capacidades que tenga la sociedad para resolver el conflicto en términos no punitivos. Una mediatización de este tono implica desconocer la máxima heredada del iluminismo de que toda persona es un fin en sí mismo. Un concepto tan central para el sistema jurídico-penal debería constar de un sustrato ontológico y no ser un concepto constituido funcionalmente a la medida del sistema.

9 Resumen.

- Jakobs propone una desvinculación de la dogmática de las estructuras lógico-objetivas, estableciendo una normativización de la teoría del delito y de la metodología en general, poniendo en relación a la dogmática con la finalidad de la pena (prevención general positiva).
- La sociedad no es la sumatoria de individuos sino que es la construcción de un contexto de comunicación. La identidad de la sociedad se determina por medio de normas, y no por determinado estados o bienes.
- Del universo de normas existentes, un conjunto de ellas se presentan al sistema social, y al derecho penal, como “dadas”. Dichas normas se estabilizan por la vía cognitiva. A la par, existe otro conjunto de normas que carecen de esa cualidad; este es el caso de las normas sociales, conforme a las cuales el sujeto obligado puede disponer de ella en el caso concreto. Ante esta situación la única manera de garantizar su vigencia es de manera contra-fáctica, es decir, a través de un procedimiento formal ante la infracción, que no es otro que la pena.
- El derecho se presenta en su visión sistémica como comunicación, como una estructura de la sociedad –como un subsistema social–, y tanto los deberes como los

derechos, en términos sistémicos “las expectativas normativas”, no están dirigidos a individuos sino a destinos construidos de manera comunicacional que se denominan “personas”.

- Persona para el derecho es un haz de expectativas normativas. Los seres humanos se encuentran en el mundo social en tanto portadores de un “rol”, es decir, como un sistema de posiciones definidas normativamente ocupada por individuos intercambiables.
- El delito consiste en la defraudación de la expectativa normativa, o sea, en el quebrantamiento de la norma y no en sus consecuencias psicosociales. El delito es comunicación, mediante el hecho ilícito el autor propone un modelo de sociedad alternativo.
- Por un lado existe la expectativa de que todos se mantengan dentro de su círculo de organización, para evitar que se produzcan, mediante efectos exteriores, posibles daños a terceros. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente normativo: los círculos de organización deben permanecer separados, lo que implica la máxima “no dañes y exige no ser dañado”. Existe también la expectativa que las instituciones elementales de la sociedad funcionen de manera adecuada. Estas expectativas tienen un contenido positivo: la concreta persona obligada debe ocuparse de un determinado ámbito del mundo en común; no sólo no debe empeorar la situación sino, por el contrario debe mejorarla.
- La pena es la respuesta comunicacional a la norma quebrantada; mediante la pena se estabiliza la sociedad, ésta conserva su identidad.
- La imputación jurídico-penal tiene la función de determinar el caso en el que la norma, por causa de la conducta delictiva de una persona, debe ser corroborada cognitivamente. Establece cuándo un suceso es comprendido como contradicción de la norma, como manifestación de una persona competente. La imputación jurídico-penal y la pena construyen una función de unidad, asimismo un sistema.
- Lo que no puede ser imputado es el destino como donante de significado en la modernidad, y debe ser descartado como sin sentido, es decir, naturaleza. El código

mediante el cual el desarrollo del sistema de imputación se concretiza reza en ámbito jurídico penal “sentido delictivo” “versus naturaleza”. Cuándo un hecho es interpretado como naturaleza y cuándo con sentido delictivo se determina en función de las necesidades de estabilización social.

- La acción y la imputación –y ésta a su vez presupone la imputación del injusto– son lo mismo. El comportamiento, en cuanto suceso psíquico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable, en términos de Jakobs, acción es convertirse en competente por una lesión de la vigencia de la norma.
- La centralidad del concepto de “competencia” hace que la distinción entre acción y omisión no resida en el hecho en que en una hay una actividad corporal y en la otra no la hay, quedando dicha distinción relegada a una cuestión de segundo grado.
- La imputación objetiva del resultado es la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable. Se trata de determinar qué significado tiene el comportamiento en el contexto social. Para ello no es suficiente el punto de vista del causador sino qué significado tiene el suceso acaecido en el mundo exterior ya sea como hecho (jurídicamente relevante) o como infortunio.
- Cuando se produce el quebrantamiento de una norma cabe la pregunta de quién es el sujeto competente (imputable) del hecho fáctico. Normativamente caben tres soluciones: imputación al autor, imputación a la víctima o imputación a un tercero. Además de estos tres casos también se da el supuesto en que la respuesta sea meramente cognitiva, en este caso tan solo se trata de un infortunio o “mala suerte”, que la víctima debe tolerar a título de desgracia.
- En toda sociedad existe un “riesgo permitido”. Toda sociedad, para posibilitar contactos anónimos, requiere de la aceptación de determinados niveles de riesgos. La fijación de espacios de riesgo permitido no se debe exclusivamente a una medición técnica de acuerdo a la relación de coste-beneficio, sino que muchas veces el mismo es fruto de una recepción histórica.
- El principio de confianza trata los casos en los que el sujeto interviniente es garante de la evitación de un curso dañoso, pero dicho curso no se tornará nocivo en la medida en

que todos los intervinientes se comporten correctamente. Este principio significa que a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza confiar en su comportamiento correcto.

- La problemática de la prohibición de regreso surge cuando varias personas realizan una empresa en común. Este criterio sirve para diferenciar la conducta que se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido, es decir, en el marco del respectivo rol, de aquella que constituye una participación en un hecho delictivo. La prohibición de regreso se fundamenta en la posibilidad de garantizar prestaciones estereotipadas en la sociedad.
- El último de los criterios desarrollados por Jakobs es aquel en el cual la persona lesionada en sus derechos es a quien se le imputa el resultado lesivo. Los supuestos de comportamiento precedente de la víctima que fundamentan la imputación a ella abarcan, entre otros, los casos de consentimiento. En estos supuestos no es el hecho psíquico presente en el acuerdo de voluntades lo que fundamenta la imputación, sino la ampliación de las obligaciones de autoprotección que se expresa en el acto de voluntad. En el segundo grupo de casos comprende los supuestos en que la víctima no tiene derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, dado que el autor ha actuado en los límites de su rol. La única solución posible es que la víctima asuma dicha situación como infortunio.
- El hecho que una conducta genere un riesgo no permitido no prejuzga sin más que el resultado lesivo le sea imputado ineludiblemente al comportamiento defectuoso del autor. En el ámbito de los delitos de resultados hay que determinar, además, cuándo la producción de un resultado típico obedece a la conducta no permitida del autor y cuándo es consecuencia de un riesgo diferente.
- La explicación del fenómeno a través de la causalidad, es decir de la conexión entre riesgo y resultado, es válida en la medida en que de los diversos riesgos intervinientes sólo uno de ellos se presente como condición del curso causal. Sin embargo, este modelo de explicación se torna insuficiente cuando concurren varios riesgos, todos ellos susceptibles de producir el resultado.

- El resultado dañoso, cuya realización se establece señalando el riesgo, en el caso de los delitos de resultado lesivo, consiste en la lesión de un bien objetivo; se trata, pues, de determinar el curso causal efectivamente dañoso. Un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo. Si no se necesita uno de estos datos, no se ha realizado la relación no permitida.
- Las causas de justificación son en este esquema motivos bien fundados para ejecutar una acción en sí prohibida, la misma es socialmente tolerable sólo en función del contexto en que se la realiza.
- No es correcto cuando Jakobs equipara la falta de tipicidad con la conducta no perturbadora, mientras se deduce la tolerabilidad social en la causa de justificación sólo en referencia al contexto del comportamiento. También son definibles las causas de exclusión de la imputación solo en consideración del contexto del comportamiento.
- La falta de culpabilidad presupone que la norma exista como tal con independencia de su cognoscibilidad o posibilidad de cumplirla. Por este motivo aquello que es contrario a la norma, es decir, el injusto, puede existir con independencia de la culpabilidad. Algunos preceptos pertenecientes al ámbito de la culpabilidad, específicamente aquellos que se refieren al injusto, no pueden formar parte de la norma, sino que constituyen un ámbito de “meta-reglas”. De allí distingue entre el injusto como vulneración de la norma, por un lado, y la culpabilidad entendida como la obligación de responder por la vulneración de la norma, por otro. Sin embargo, esta distinción es puesta en duda en la medida en que su concepto de acción incluye al contenido de la culpabilidad y, más aún, que en su reciente obra *System der Strafrechtlichen Zurechnung* postula un tipo total de imputación (*Gesamtzurechnungstatbestand*) que abarcaría todos los presupuestos de la acción culpable.
- Mientras Jakobs, en el tratamiento de *Schuld und Prävention*, la culpabilidad se explica a través de las necesidades preventivas de estabilización del sistema. Sin embargo en *das Schuldprinzip* hay una nueva concepción sobre la perturbación de la norma y, en particular, del sujeto delincuente, que dotan al concepto analizado de un

contenido material. Ahora el concepto de culpabilidad tiene un sentido material que va más allá del contenido meramente formal que se presenta en la afirmación de la culpabilidad como medio para garantizar la estabilidad social. El delito es interpretado como una perturbación proveniente de una persona, no de un animal o cosa.

- Jakobs, a través de la renormativización de los conceptos en función de la finalidad de la pena, al rellenar su contenido con las finalidades sociales produce una sociologización del derecho penal, y de la teoría del delito en particular. Además, el método utilizado por Jakobs que se remite para la interpretación de los conceptos únicamente a las necesidades sistémicas conduce a una serie de argumentaciones circulares que solapan decisiones tomadas de modo decisionista. Por último el esquema propuesto por Jakobs, en especial su concepto funcional de culpabilidad, instrumentaliza al ciudadano que va a ser sometido a pena. A lo largo de los años Jakobs ha ido dejando de lado sus fundamentos sociológicos, acercando su modelo de comprensión a las teorías hegelianas. Esto se visualiza particularmente en sus conceptos de acción, imputación y culpabilidad, conceptos que necesariamente se encuentran en mutua referencia.
- En este esquema su categoría conocida como “imputación objetiva” no es más que un recorte del concepto global de imputación, es decir aquella parte de la realidad que se considera como socialmente perturbadora.
- Al igual que Hegel, la teoría de la pena determina la necesidad de imputación. La pena se determina por el sinalagma indisociable entre acción y responsabilidad. Además, la imputación se ha convertido en un juicio global sobre el hecho y el Derecho, sobre la voluntad y el conocer. Tanto en Jakobs como en Hegel, se trata de imputar un hecho, a la vez que se mide y se reprocha
- No obstante la modificación que ha tenido el concepto de culpabilidad, debemos reconocer que inclusive en su última versión, la culpabilidad sigue dependiendo de necesidades preventivas y, en esa medida, el autor es mediatizado.

CAPÍTULO V: La negación de teoría de la imputación objetiva por el finalismo.

1. La teoría de la acción final de Hans Welzel: la función de filtro del dolo.

Si bien la corriente llamada finalista no utiliza la teoría de la imputación objetiva para resolver los problemas generados por la teoría de la equivalencia de las condiciones, dada su trascendencia dentro de la evolución de la dogmática jurídico-penal, resulta necesario detenerse y analizar brevemente el porqué de dicho rechazo.

La escuela finalista surge con Hans Welzel como respuesta al subjetivismo metodológico y al relativismo axiológico en que había desembocado el neokantismo. Este autor produce, en primer lugar, un giro metodológico como condición previa a la sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de “verdades eternas” y de “estructuras lógico-objetivas” (*sachlogische Zusammenhänge* o *sachlogische Strukturen*) como objeto de la dogmática jurídico-penal^{842 843}.

El planteamiento metodológico propuesto por Welzel se asienta en una determinada concepción iusfilosófica pretendiendo, de este modo, superar al positivismo jurídico hasta entonces imperante⁸⁴⁴. El finalismo, al contrario de lo que había planteado el neokantismo⁸⁴⁵, considera que es el objeto el que determina el método de investigación⁸⁴⁶. La ciencia del

⁸⁴²MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Buenos Aires, B de F, 2003, pp. 226-227.

⁸⁴³“WELZEL... descubrió que el respeto de determinadas estructuras fenoménicas de la materia del Derecho por el legislador y, con ello, la congruencia de la regulación jurídica con dichas estructuras lógico-objetivas, constituyen precisamente aquellas condiciones de la posibilidad de realización de la función y de los fines del Derecho en general y del Derecho penal en particular”. GRACIA MARTÍN, Luis: “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-07 (2004), p. 4.

⁸⁴⁴MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.*, p. 227. No ha de determinarse el objeto según el método, sino el método según el objeto (*Nicht hat sich der Gegenstand nach der Methode, sondern die Methode nach dem Gegenstand zu bestimmen*). Ciertamente, hay distintos métodos, pero no configuran un mismo material amorfo, sino que se refieren a distintos aspectos del objeto. En ningún caso nos es dado algo amorfo que requiera ser configurado ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto lo que primero es 'amorfo' y paulatinamente se configura. WELZEL, Hans: „Strafrecht und Philosophie” (1964), en „Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie”, 1. Auflage, Berlin-New York, edit. Walter de Gruyter & Co., 1975, p. 3.

⁸⁴⁵Esta corriente partía de la imposibilidad de separación de objeto y sujeto del conocimiento. La realidad— desde tal perspectiva— sólo aparece racionalmente ordenada en el marco del propio proceso de conocimiento y una vez sometida a las categorías de la razón (que para el neokantismo son subjetivas, individuales). En otras palabras, en el neokantismo el método determina la configuración del objeto. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, p. 94.

⁸⁴⁶Para los neokantianos el método determinaba al objeto, dado que éste era el mismo para todas las ciencias. Los valores no existían en el mundo exterior, sino que eran el producto de categorías *a priori* del pensamiento. Ante este modo reacciona WELZEL considerando que los neokantianos habían realizado una incorrecta interpretación de Kant. WELZEL entiende que las categorías *a priori* no son *subjetivas*, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino *objetivas* para toda mente inteligente. WELZEL, Hans: „Strafrecht und Philosophie”, p. 2.

derecho penal tiene como objeto básico lo permanente, lo supranacional, lo supra-positivo de la materia jurídica constituidas por las estructuras óntico-ontológicas⁸⁴⁷.

El intérprete no le añade la dimensión de valor a la realidad sino, por el contrario, dichos valores se encuentran en las estructuras del ser y el sujeto cognoscente se limita a captarlos tal cual son⁸⁴⁸. En consecuencia, adopta un método⁸⁴⁹ deductivo-axiomático a partir de las estructuras del ser, deduciendo todo concepto jurídico de ellas.⁸⁵⁰

Define como categorías ontológicas a la acción orientada a un fin (acción final) y a la culpabilidad entendida como reprochabilidad de la resolución de voluntad (en su fórmula: *Anders-Handeln-können*)⁸⁵¹. Tanto el poder actuar de otra modo como la acción final, constituyen estructuras del ser, es decir, componentes permanentes del derecho penal (*die bleibenden Bestandteile*), anclados en la esencia del hombre como ser responsable⁸⁵² caracterizado por la capacidad de autodeterminación final, con arreglo al sentido⁸⁵³. Además

⁸⁴⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Ob. Cit. p. 94.

⁸⁴⁸ Véase, WELZEL, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH., 1935, pp. 36-37.

⁸⁴⁹ El interés metodológico de WELZEL por sustraer la Ciencia del Derecho penal al normativismo y por dirigir la vista a los fenómenos que, como objetos de regulación, son anteriores a los preceptos jurídicos, no se ha visto por lo tanto, realizado. Si bien es verdad que WELZEL ha impuesto sus deducciones dogmáticas, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a su punto de partida metodológico. Esto se debe en gran parte a la resistencia que los teóricos del Derecho continúan oponiendo a la hora de desvincularse del método puramente normativo – idealmente más cómodo y científicamente más difícil de verificar–. En HIRSCH, Hans Joachim: „Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel“, en „Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln“, Heymans, Köln, 1988, p. 403.

⁸⁵⁰ ROXIN señala que un déficit de la orientación muy destacada en los comienzos de WELZEL, hacia el mundo de la vida social, radica en que WELZEL ha puesto muy poco de manifiesto la influencia delineaadora de las decisiones jurídicas de valor en la construcción jurídico conceptual. Ni siquiera un concepto como el de “injuria” se agota en su preformación por la realidad social. Por el contrario, es influida también por determinaciones jurídicas de valor, como las que se han traducido en las libertades, normadas constitucionalmente, de opinión y de prensa. En ROXIN, Claus: “Ventajas y déficits del finalismo. Un balance”, traducción de María Mercedes Marques y José Milton Peralta, en “Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva”, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 186.

⁸⁵¹ El reproche de culpabilidad presupone, por tanto, que el autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de un modo más correcto, es decir conforme con la norma, y esto no en el sentido abstracto de algún hombre en lugar del autor, sino en el sentido concreto de que este hombre, en esta situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma. WELZEL, Hans: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 2. Auflage, Göttingen, Verlag Otto Schwart & Co., 1952, p. 36. Existe una versión en castellano llamada *El nuevo sistema del Derecho penal. Un introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción de José Cerezo Mir, Buenos Aires, B de F, 2011.

⁸⁵² “Todo mandato... que pretenda obligar a una persona, en tanto persona jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social, si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto Derecho. Este contenido material está implícito necesariamente en el axioma supremo del Derecho natural, de que hay una obligación o un deber ser trascendente a la existencia”. En WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, p. 324.

⁸⁵³ MIR PUIG, Santiago: Ob. Cit., p. 227.

de estas dos estructuras ópticas habría que considerar como dato ontológico la relación entre autoría y participación, así como el principio de accesoriedad limitada⁸⁵⁴.

La centralidad que le otorga la corriente finalista a la “acción final” en su sistema de la teoría del delito constituye la clave para comprender por qué esta corriente del pensamiento rechaza la “teoría de la imputación objetiva”. Para Hans Welzel no es la existencia de la relación causal lo que interesa al Derecho penal⁸⁵⁵. Lo que verdaderamente importa es la intencionalidad de la conducta que no puede ser atribuida a fenómenos naturales sino solamente a acciones humanas. El suceso de la acción en su aspecto objetivo no es causalmente ciego sino que es elegido y dirigido hacia una meta, a pesar de todos los procesos causales finalmente determinados. Sobre esta función objetivo-final descansa toda la existencia cultural, social y jurídica^{856 857}. Welzel define a esta unidad de sentido como “acción”. Se deduce que la relación entre acción, resultado y decisión no es una relación de ordenación de sentido solo causal, sino también teleológica⁸⁵⁸. Al respecto Welzel sostiene:

⁸⁵⁴En WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 113-114.

⁸⁵⁵“...el derecho penal se ocupa de acciones únicamente en el sentido de esta actividad finalista. Donde el hombre interviene de modo puramente causal, sea que actúe como mera masa mecánica (en un desmayo repentino), o que ejecute movimientos reflejos adecuados o contrarios al objetivo (en ataques de calambre o en reacciones indomables de susto), ahí puede, bajo ciertas circunstancias, entrar en consideración como *objeto* de un intervenir jurídico (p. ej.: como motivo de una intervención policial); pero su comportamiento queda excluido del derecho penal”. WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 31. En sentido similar, WELZEL sostiene que “toda la acción, en todas sus fases, es una unidad de sentido real dominada por una voluntad formadora de la intención, una realización de la voluntad en el sentido significativo, es decir, la realización del sentido de la acción impuesto por la voluntad. Todo ello está ausente en los puros casos de causación, incluso evitables (...) El punto primario de la dogmática jurídica es la acción final (dolosa)”. WELZEL, Hans: „Studien zum System des Strafrechts“ (1939), en „Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie“, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1975, p. 130. Existe una versión en castellano llamada *Estudios de Derecho penal*, traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, B de F, Buenos Aires, 2002.

⁸⁵⁶WELZEL, Hans: Ob. Cit., p. 130.

⁸⁵⁷El suceso que conduce al resultado a partir de la decisión, pasando por los impulsos de la voluntad, es una unidad de intención legal, que se destaca de los demás sucesos causales a causa del elemento de la legalidad de sentido. WELZEL entiende a la acción como una unidad de sentido y deduce que la relación entre acción, resultado y decisión no es una relación de ordenación de sentido solo causal, sino también teleológica. La relación causal es sólo un componente parcial de la relación de sentido y está determinada y guiada por la legalidad intencional y por la relación de sentido de la acción. WELZEL, Hans: „Kausalität und Handlung“, en „Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie“, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co., 1975, p. 19. Una versión en castellano de “Causalidad y acción” se encuentra en “Estudios de Derecho penal”, traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, B de F, Buenos Aires, 2002.

⁸⁵⁸La teoría finalista, al colocar al hombre que actúa de ese modo en el centro de la teoría del tipo y del injusto, se acomoda a las realidades jurídico-penales, dado que, en efecto, los meros procesos causales en los que se hace abstracción de la persona del autor y de su específico modo de conducta, son productos analíticos artificiales, que no se dan en la vida y que, por ello, sólo poseen valor cognoscitivo muy limitado para la imputación jurídico-penal. Y ciertas partes de la teoría del delito, como la problemática de la tentativa o la delimitación de autoría y participación, no se pueden comprender correctamente partiendo del plano causal-objetivo. En ello consisten los méritos esenciales del finalismo. ROXIN, Claus: „Zur Kritik der finalen Handlungslehre“ en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 74. Band, herausgeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilh. Gallas, Ernst Heinitz, Hans-Heinr. Jescheck, Richard Lange, Eberhard Schmidt und Hans

“La relación causal es sólo un componente parcial de la relación de sentido y está determinada y guiada por la legalidad intencional y por la relación de sentido de la acción”⁸⁵⁹.

En Welzel, la finalidad y la voluntad de realización son términos equivalentes⁸⁶⁰. Aquella no abarca únicamente el objetivo propuesto como meta, sino también las consecuencias que el autor considera necesariamente ligadas a la realización del fin y aquellas que juzga como posibles y con cuya producción contaba. Por tanto, quedan excluidas de la voluntad de realización aquellas consecuencias que el autor prevé como posibles pero confía en que no se producirán⁸⁶¹.

Welzel en el *Vorwort de Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* coloca a su teoría ámbito de lo permanente, sin relación al tiempo, rechazando todo retorno a un sistema filosófico anterior, en especial el hegeliano⁸⁶². Sin embargo, resulta interesante la comparación que hace Ekhardt Bubnoff entre el concepto de acción final seguido por Hegel y sus discípulos y el propio de Hans Welzel. Esta relación se puede especialmente advertir en la posición central que adquiere la libre personalidad moral en el ilícito. El ilícito no puede, según Hegel, ser interpretado y comprendido sólo de manera naturalista, sino teleológicamente. El centro de gravedad del concepto de ilícito yace, por tanto, en lado personalístico (*personalistischen Seite*). El ilícito presupone una personalidad (*Persönlichekeit*) libre como artífice (*Urheber*). En la teoría de Hegel, y todavía más claramente en la teoría de los hegelianos, ya resuena la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado (*Handlungs- und Erfolgswert*), tal como la encontramos en la teoría de la acción final de Welzel. Además, según Hegel, la acción es en la consideración del ilícito sólo como obra (*Werk*) de un determinado autor que lo dota significado a través de la fijación de un fin (*Zielsetzung*). El contenido de la voluntad caracteriza el hecho objetivo. La mera causación de un resultado, o sea la lesión de un bien jurídico, por el contrario, no agota el

Welzel, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, p. 52 Existe una versión en castellano titulada: Contribución a la crítica de la teoría final de la acción” traducción de Diego Manuel Luzón Peña, en “Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva”, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

⁸⁵⁹WELZEL, Hans: „Kausalität und Handlung“, p. 19.

⁸⁶⁰CEREZO MIR, José: “El finalismo, hoy”, en ADPCP, T. XLVI, Fasc. I, enero-abril 1993, p. 3.

⁸⁶¹WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 34 y ss.

⁸⁶²WELZEL, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*“, pp. VIII-IX.

ilícito⁸⁶³. Al igual que Hegel,⁸⁶⁴ Welzel elabora su concepto de acción final centrado en el disvalor de la acción en el cual el concepto de dolo cumple la función de filtro.

Interesante resulta la relación que establece Christoph Hübner entre los conceptos de acción de Karl Larenz, Richard Honig y Hans Welzel, englobando a todos ellos bajo el concepto de imputación voluntativa (*voluntative Zurechnung*). Todos estos autores se critican el modo de comprensión del injusto del concepto causal de acción. Mientras Larenz y Honig quieren colocar la imputación objetiva como presupuesto de la valoración jurídica (de hecho) de los resultados producidos, Welzel desarrolla la teoría de la acción final. Independiente de sus diversas finalidades dogmáticas, es común en los tres autores que ellos comprenden la acción humana como manifestación de la voluntad, como la realización de la finalidad en la realidad de la voluntad libre. La voluntad dirigida a la finalidad de una persona une por tanto lo exterior, en sí suceso accidental, con la persona actuante. A través de esa conexión no es el resultado producido ninguna accidentalidad causal, sino una conexión a través de la voluntad de la persona, del hecho producido. Fundada en esta cualidad moral es la acción valorable jurídicamente. Con ello, es su objetivo común la fundamentación de un concepto personal de ilícito⁸⁶⁵. De manera diversa a Honig, Welzel no desarrolla en el criterio de imputación de la *Zweckhaftigkeit* ninguna teoría de la imputación, sino la teoría final de la acción⁸⁶⁶.

Welzel no llegó a tomar posición respecto de la teoría de la imputación objetiva en la última edición de su tratado porque la exitosa resurrección de aquella recién comenzaba⁸⁶⁷. Sin embargo, muchos de los supuestos hoy en día resueltos por la teoría de la imputación objetiva, en especial los supuestos de no creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, eran resueltos mediante la llamada teoría de la adecuación social⁸⁶⁸. Aunque luego radicalizó

⁸⁶³BUBNOFF, Ekhart: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*“, p. 51.

⁸⁶⁴En esta sintonía también se encuentra KÖHLER, quien sostiene que la teoría de la acción final de WELZEL se reconecta con la teoría de la acción final de HEGEL en el concepto de dolo. El actuar doloso no es ningún mero naturalismo, sino la concepción autoconsciente de la realidad. KÖHLER, Michael: „Der Begriff der Zurechnung“, en „Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999“, herausgegeben von Thomas Weigend und Georg Küpper, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1999, p. 70.

⁸⁶⁵HÜBNER, Christoph: „Die Entwicklung der objektiven Zurechnung“, 1. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2004, pp. 24-25.

⁸⁶⁶HÜBNER, Christoph: Ob. Cit., p. 25.

⁸⁶⁷ROXIN, Claus: „Finalität und objektive Zurechnung“. Existe una versión en castellano llamada “Finalidad e imputación objetiva”, en “Sistema del hecho punible/I. Acción e imputación objetiva”, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

⁸⁶⁸KAUFMANN considera que WELZEL fracasó en su intento por erigir a la adecuación social como causa de justificación consuetudinaria. En KAUFMANN, Armin: „‘objektive Zurechnung‘ beim Vorsatzdelikt?“, en „Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag“, Band I., Joachim Hermann, Just Krümpelmann,

la teoría final de la acción y no resolvió más el caso de la tormenta con ayuda de la categoría de la adecuación social, sino a través de la negación del dolo, el cual presupone como voluntad de realización, que el autor se asigne “una posibilidad de influencia sobre el acontecer real”⁸⁶⁹.

Con la ubicación del dolo en el tipo subjetivo, en el delito doloso fue considerado innecesario todo criterio objetivo de delimitación, con excepción de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia⁸⁷⁰, mientras que en los delitos culposos fueron incluidas la previsibilidad objetiva y la infracción del deber de cuidado en el tipo penal⁸⁷¹.

En consecuencia, Welzel combatió a la causalidad no desde el ámbito del tipo objetivo sino desde la teoría de la acción final, contribuyendo así a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en el terreno ontológico previo a la valoración jurídica⁸⁷².

2. La crítica a la imputación objetiva por los autores finalistas.

Autores finalistas contemporáneos a las llamadas teorías de la imputación objetiva, son Armin Kaufmann, Hans Joachim Hirsch y Eberhard Struensee, entre otros. Los tres autores rechazan dicha teoría a partir de argumentos más o menos similares, haciendo especial hincapié en la función de filtro del dolo⁸⁷³.

Armin Kaufmann resuelve el caso de la tormenta negando el dolo, considerando que en este caso se realiza en el autor un “juicio objetivo y psicológico de adecuación”⁸⁷⁴. Por su parte, los casos de desvío del curso causal en una tentativa jurídicamente relevante (el caso del incendio hospitalario) reconoce, al igual que Welzel, que en este caso se resuelve conforme a un “juicio de adecuación” sobre la irrelevancia u observancia del desvío causal⁸⁷⁵. Además, las críticas de Kaufmann a la teoría de la imputación objetiva también están orientadas a la

Reinhard Moos, Otto Triffeter, Rudolf Leibinger, Dieter Schaffmeister, Jürgen Meyer, Peter Hünerfeld, Hans-Joachim Behrendt (comps), Dunker & Humboldt, 1985, p. 271.

⁸⁶⁹WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 66.

⁸⁷⁰SCHÜNEMANN, Bernd: “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva” en “Bernd Schünemann. Obras” Tomo I, Colección Autores de Derecho penal, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2009, p. 385.

⁸⁷¹WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 127-138.

⁸⁷²MIR PUIG, Santiago: “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 05-05 (2003) <http://criminet.urg.es/recpc>, p. 2.

⁸⁷³Fundados en la equiparación de finalidad y dolo fundamentalmente rechazan los finalistas, en especial Armin Kaufmann, Stratenwerth y Hirsch, la teoría de la imputación objetiva en el ámbito doloso, se trata entonces sólo de un problema de la interpretación de específicos elementos del tipo penal de la parte especial. HÜBNER, Christoph: Ob. Cit., p. 25.

⁸⁷⁴KAUFMANN, Armin: FS-Jescheck, p. 264.

⁸⁷⁵KAUFMANN, Armin: FS-Jescheck, p. 264.

imposibilidad de un juicio sobre la existencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado recurriendo exclusivamente objetivo porque es imprescindible considerar también, por ejemplo, los conocimientos especiales del autor referentes a los momentos del peligro⁸⁷⁶.

Eberhard Struensee, por su parte, rechaza que una teoría que se llama “objetiva” trabaje con datos psíquicos del autor⁸⁷⁷. Este autor va más allá que Kaufmann, dado que éste último centró sus críticas a la teoría de la imputación objetiva desde la óptica de los delitos dolosos. Struensee, en cambio, las hace extensiva a los delitos imprudentes. Conforme a su punto de vista, también en los delitos imprudentes la imputabilidad del resultado depende de los conocimientos del autor, aunque el correcto lugar de tratamiento no es el tipo objetivo sino el tipo subjetivo del delito imprudente⁸⁷⁸. Struensee construye así un tipo subjetivo del delito imprudente en el cual son tenidos en cuenta los conocimientos especiales del autor y constituyendo la “llamada teoría de la imputación objetiva” una problemática del tipo subjetivo, específicamente una teoría del error⁸⁷⁹.

Hirsch, por su parte, considera que la oposición a la metodológica al pensamiento de Welzel se expresa hoy en especial en un renacimiento⁸⁸⁰ de la teoría de la imputación, con la que se hace especial referencia a la teoría de la imputación objetiva, introducida por Roxin con apoyo en las concepciones de Honig⁸⁸¹. Sostiene que bajo el rótulo de la “imputación objetiva” se abordan fenómenos de diversa naturaleza que necesariamente deben ser resueltos sin recurrir a dicha teoría.⁸⁸² Rechaza que la teoría de la imputación objetiva del resultado sea aplicable a los delitos dolosos, dado que en ellos la función de filtro la cumple el dolo, en

⁸⁷⁶KAUFMANN, Armin: FS-Jescheck, p. 265.

⁸⁷⁷STRUENSEE, Eberhard: „Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. V. Decker’s Verlag, 1987, pp. 97-98.

⁸⁷⁸STRUENSEE, Eberhard: GA, 1987, pp. 97-99.

⁸⁷⁹STRUENSEE, Eberhard: „Der subjektive Tatbestand des Fahrlässigen Delikts“, en „Juristenzeitung“, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pp. 53-63.

⁸⁸⁰El hecho de que la teoría de la imputación objetiva se haya extendido a pesar de la limitación del tipo ya adoptada por la teoría personal del injusto, guarda relación con que la limitación del concepto del ilícito personal en WELZEL se produce, esencialmente, sólo en el nivel del tipo subjetivo, en el caso de los delitos dolosos. Fue sentido como una carencia el hecho de que el tipo objetivo tuviera que seguir siendo completado, en principio, a través de la teoría de las condiciones con respecto a una determinada causación del resultado, debido a que en el Derecho penal de hecho la realización del tipo objetivo constituye regularmente el punto de contacto de las consideraciones jurídico penales. HIRSCH, Hans Joachim: „Zur Lehre von der objektiven Zurechnung“, en „Festschrift für Theodor Lenker zum 70. Geburtstag“, 1. Auslage, herausgegeben von Albin Eser, Ulrike Schittenhelm und Heriber Schumann, München, edit C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 120.

⁸⁸¹HIRSCH, Hans Joachim: „Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel“, p. 403.

⁸⁸²HIRSCH, Hans Joachim: FS-Köln, p. 405.

especial en los casos de falta de influencia en la realización del resultado⁸⁸³ (caso de la tormenta) y en los casos de una desviación esencial del curso causal^{884 885}. Hirsch objeta que el elemento normativo de “peligro” o “riesgo” sea un argumento a favor de la teoría de la imputación objetiva. En los casos de riesgo permitido se trata de conductas socialmente aceptadas y, en estos casos, niega el injusto en función de la deficiencia que en la parte objetiva de la acción se evidencia, en lo subjetivo, en que un dolo que está dirigido al curso del hecho ya no puede ser posible, dado que se trata de la representación de la intención del autor todavía como expectativa⁸⁸⁶. Resumiendo, en relación a los delitos dolosos Hirsch sostiene que la teoría de la imputación objetiva presenta problemas y carece relevancia para el tipo objetivo, no aportando criterios de solución propios. En esta clase de delitos la teoría de la imputación objetiva no sólo es imprescindible sino también contraria a la realidad⁸⁸⁷.

Frisch, sin embargo, llega a admitir que criterios normativos, como el de la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, sólo tendrían cabida en los delitos imprudentes bajo el rótulo de “relación de contrariedad al deber exigido” (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) y el llamado “fin de protección de la norma” (*Schutzzweck der Norm*), aunque niegue que ello dé lugar a una teoría y una teoría sistémica de la “imputación objetiva”⁸⁸⁸.

Frisch considera que Hirsch, al combatir los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva mediante el criterio de la habitualidad social⁸⁸⁹ - que se torna en un criterio normativo en la medida en que sea reconocido jurídicamente -, no es otra cosa que reconocer que determinados riesgos son vistos como tolerables y que, en consecuencia, no se tienen en cuenta entre las conductas antinormativas en el sentido del tipo. Frisch niega que la teoría de la imputación objetiva sea superflua en el caso de los delitos dolosos, dado que puede haber casos en los que el autor se haya representado lo que dicha teoría intenta filtrar mediante sus presupuestos materiales y, es más, el autor pudo haberse decidido a iniciar el curso causal en virtud de su representación y ni siquiera los críticos de la teoría de la imputación objetiva se

⁸⁸³HIRSCH, Hans Joachim: FS-Lenkner, pp. 122-124.

⁸⁸⁴HIRSCH, Hans Joachim: „Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel“, p. 405.

⁸⁸⁵ Respecto de los casos tratados por la teoría de la imputación objetiva de ROXIN bajo los supuestos de disminución del riesgo y la participación en la puesta en la autopuesta en peligro dolosa bajo la propia responsabilidad, los resuelve mediante la afirmación de la justificación del consentimiento presunto o del estado de necesidad justificante aunque reconoce que existen casos de reducción del riesgo en los cuales resulta problemática la afirmación del tipo objetivo. En HIRSCH, Hans Joachim: FS-Lenkner, pp. 125-126.

⁸⁸⁶HIRSCH, Hans Joachim: FS-Lenkner, pp. 136-137.

⁸⁸⁷HIRSCH, Hans Joachim: FS-Lenkner, p. 138.

⁸⁸⁸HIRSCH, Hans Joachim: FS-Lenkner, pp. 127-128.

⁸⁸⁹HIRSCH, Hans Joachim: FS-Lenkner, pp. 136-137.

animarían a imputar dicho caso como delito doloso consumado.⁸⁹⁰ En lo que atañe al ámbito de los delitos imprudentes, la existencia o no de la imputación objetiva termina reduciéndose a una cuestión de naturaleza terminológica (infracción del deber de cuidado o creación de un riesgo jurídicamente relevante). La diferencia entre la teoría de la imputación objetiva y sus críticos se reduce en este punto esencialmente a que ambos trabajan con distintos criterios objetivos. Los finalistas también trabajan con ese tipo de criterios aunque orientados a hacia lo ontológico⁸⁹¹.

Otro detractor de la teoría de la imputación objetiva, desde una postura finalista, es Georg Küpper. Considera que en el ámbito de los delitos dolosos, conforme a la teoría de la imputación objetiva, deben ser eliminados en primer lugar los casos en los cuales falta la dominabilidad (*Behrreschbarkeit*) de los sucesos causales. Aquí se trata de delimitar, por tanto, las consecuencias de conductas humanas voluntarias de las meras consecuencias accidentales⁸⁹².

Distingue, naturalmente, el concepto de dominabilidad de otro elemento, que señala justamente la dominabilidad del autor sobre el hecho: el domino del hecho (*Tatherrschaft*). Este concepto precisamente hace referencia a la sobre-determinación final del curso causal. Como ya hemos señalado, Welzel había mencionado el domino del hecho como “principio fundamental de la imputación”. Para Küpper el criterio del dominio del hecho no obtiene su significado en primer lugar en la delimitación de autoría y participación, sino que es, en general, un elemento de toda autoría. Como componente inmanente del concepto de acción tiene luego prioridad en una teoría de la imputación⁸⁹³.

La autoría se basa en la posibilidad del domino del hecho que desde el principio es inherente a la conducta. La posibilidad del dominio del hecho en la forma típicamente prescripta delimita, por tanto, la regla de imputación objetiva para las acciones del autor. Por lo tanto, no es que con el concepto de dominio final del hecho se trate del mismo problema designado de manera diversa, sino que la teoría de la imputación ocupa un terreno que ya en otro lado está ocupado.

⁸⁹⁰FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, herausgegeben von Bernd Schünemman, Wilfried Bottke, Hans-Joachim Rudolphi, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Verlag Walter de Gruyter, 2001, pp. 227-228.

⁸⁹¹FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70 G., pp. 228-229.

⁸⁹²KÜPPER, Georg: „Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik“, 1. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 21-92.

⁸⁹³KÜPPER, Georg: Ob. Cit., p. 92.

También el deseo (*Anliegen*) de la teoría de la imputación de presentar el hecho como la “obra” del autor, satisface la formulación del punto de vista del dominio del hecho. Nuevamente ya Welzel había circunscripto para tal efecto el dominio final del hecho. El hecho debe ser verdaderamente la obra del autor, con lo cual ese hecho (también) es dependiente de momentos subjetivos. Por consiguiente, puede ser definido como autor, quien realiza en conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho un tipo penal (inmediato, mediato o con otros) como su obra. De aquí se sigue que, bajo el punto de vista de la teoría final de la acción, no queda ninguna zona para un juicio de imputación independiente⁸⁹⁴. De esta manera, Küpper arriba a la siguiente conclusión: la imputación objetiva es un componente del concepto de acción. Lo que no está en el poder de hecho (*Tatmacht*) del autor, no le puede ser imputado como “centro de acción personal” (*persönliches Aktionszentrum*). Dominabilidad es dominio del hecho (*Beherrschbarkeit ist Tatherrschaft*)⁸⁹⁵.

Respecto al delito culposo, sostiene que el ilícito del delito imprudente presupone una infracción (objetiva) del deber de cuidado. Entonces aquí la finalidad subyacente de la acción no está dirigida a un resultado jurídico-penalmente relevante. Necesaria es, pues, otra relación. La contrariedad al deber se debe realizar en el resultado producido. Se trata de la conocida relación de riesgo, relación de contrariedad a deber o relación de antijuridicidad. El anclaje jurídico positivo encuentra a este principio en las condiciones que postulan la causación de un resultado a través de la imprudencia. Si bien reconoce el trasfondo normativo de la imprudencia, al mismo tiempo, sostiene que no es necesaria una teoría especial de la imputación para la fundamentación de estas consecuencias. Más bien se deducen ya de la esencia de la imprudencia la necesidad de la referencia del deber de cuidado objetivo en el resultado incriminado. Se debe probar si una lesión del bien jurídico también hubiese sido realizada mediante una conducta conforme a derecho⁸⁹⁶. Este planteamiento es pasible de las mismas críticas que formula Frisch al planteo de Hirsch.

3. Resumen.

- La ciencia del derecho penal tiene como objeto las estructuras óntico-ontológicas. Adopta un método deductivo-axiomático a partir de las estructuras del ser, deduciendo

⁸⁹⁴KÜPPER, Georg: Ob. Cit., p. 93.

⁸⁹⁵KÜPPER, Georg: Ob. Cit., p. 93.

⁸⁹⁶KÜPPER, Georg: Ob. Cit., p. 100.

todo concepto jurídico de ellas. Define como categorías ontológicas a la acción orientada a un fin (acción final) y a la culpabilidad entendida como reprochabilidad de la resolución de voluntad

- No es la existencia de la relación causal lo que interesa al Derecho penal. Lo que verdaderamente importa es la intencionalidad de la conducta que no puede ser atribuida a fenómenos naturales sino solamente a acciones humanas. La relación entre acción, resultado y decisión no es una relación de ordenación de sentido solo causal, sino también teleológica.
- En Welzel, la finalidad y la voluntad de realización son términos equivalentes. Aquella no abarca únicamente el objetivo propuesto como meta, sino también las consecuencias que el autor considera necesariamente ligadas a la realización del fin y aquellas que juzga como posibles y con cuya producción contaba.
- En la teoría de Hegel y en la teoría de la acción final de Welzel, el contenido de la voluntad caracteriza el hecho objetivo. La mera causación de un resultado, o sea la lesión de un bien jurídico, por el contrario, no agota el ilícito
- De manera diversa a Honig, Welzel no desarrolla en el criterio de imputación de la *Zweckhaftigkeit* ninguna teoría de la imputación, sino la teoría final de la acción.
- Con la ubicación del dolo en el tipo subjetivo, en el delito doloso fue considerado innecesario todo criterio objetivo de delimitación, con excepción de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia, mientras que en los delitos culposos fueron incluidas la previsibilidad objetiva y la infracción del deber de cuidado en el tipo penal.
- Los diversos autores finalistas realizan críticas a la teoría de la imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los delitos dolosos, considerándola superflua en su función. En esta clase de delitos, la función de filtro la cumple la categoría del dolo. Para el caso de los delitos imprudentes, llegan a reconocer el elemento normativo de la infracción del deber de cuidado.

PARTE IV.

El objetivo de esta parte es realizar un estudio comparativo de las unidades de análisis. Las diversas categorías que componen las respectivas teorías objeto de análisis difieren en su denominación y contenido. Por lo tanto, surge la necesidad de encontrar un observador complejo en función del cual ordenar los diversos criterios a comparar.

El criterio seleccionado es la distinción de la dimensión de la norma según ésta opere en la dimensión *ex ante* o bien, *ex post*. Es decir, si éstas cumplen una función de determinación para el autor o si, por el contrario, se limitan a valorarlo una vez que el hecho ya ha acaecido.

Cuando en el segundo capítulo abordamos el concepto de imputación llegamos a la conclusión de que el mismo constituye un juicio que formula el sujeto imputante (el juez) y que siempre opera en la perspectiva *ex post*. Criterio que fue seguido tanto por las doctrinas de la *imputatio* como por los modelos de imputación total estudiados en el presente. La finalidad de la comparación será determinar si esta dimensión se sigue siendo respetada en las teorías de la imputación objetiva.

En el primer capítulo se compararán todas las categorías que operan desde la perspectiva *ex ante*, y el capítulo siguiente quedará reservado a la perspectiva *ex post*.

CAPÍTULO I: La teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva *ex ante*.

1. Introducción.

El objetivo del presente capítulo es establecer las semejanzas y diferencias entre los autores analizados en lo concerniente a la categoría denominada la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”. Asimismo, también analizaremos el rol que juegan en su determinación los denominados conocimientos especiales del autor.

El criterio de selección del conjunto de fenómenos a analizar y comparar, se funda en una toma de posición, basada en una teoría de las normas, que considera que todos los casos que se analizan bajo este capítulo se determinan jurídicamente desde una perspectiva *ex ante*. Los casos analizados constituyen problemas de interpretación de la norma típica, es decir de la delimitación de las fronteras entre lo lícito (aquello que se mueve dentro de los límites del riesgo permitido) y lo jurídicamente desaprobado.

Es por ello que, en función del mismo criterio de selección, se analizará también en este capítulo una categoría que, si bien recibe diversas acepciones, a grandes rasgos se la puede definir como “el fin de protección de la norma”.

2. La creación de un riesgo no permitido.

Las teorías de la imputación objetiva del resultado, a excepción del modelo teórico presentado por Wolfgang Frisch, estipulan como primer criterio de imputación que la conducta, en principio típica, genere un riesgo no permitido. Sin embargo, puesto que las diversas teorías parten de presupuestos epistemológicos diversos, no resulta del todo claro si todas ellas comparten el mismo concepto de riesgo, dado que no lo definen de manera expresa sino que se limitan a establecer los presupuestos en que fracasa este requisito.

2.1. ¿Comparten los autores el mismo concepto de riesgo?

El concepto de riesgo adoptado en el marco de la dogmática jurídico-penal no es idéntico al que ha acuñado Beck, que hemos analizado al describir la situación problemática, puesto que el utilizado en el ámbito del derecho penal es más amplio, no sólo abarca a los riesgos del

desarrollo sino también a riesgos ya existentes en la modernidad clásica, por ejemplo los ligados a la delincuencia tradicional⁸⁹⁷.

No resulta del todo claro a qué concepto de riesgo hacen referencia las teorías de la imputación objetiva cuando establecen dicho concepto como instrumento límite de la imputación del resultado. El objetivo del presente punto es describir algunos conceptos de riesgo que han sido desarrollados en otras disciplinas sociales y que pueden servir de guía para comprender a qué concepto de riesgo refieren las teorías de la imputación objetiva.

El concepto de riesgo utilizado por las teorías de la imputación objetiva guarda relación con la tecnología de poder definida por Michel Foucault como “seguridad”. La seguridad es para este filósofo francés una tecnología de poder diferente a las tecnologías de la legalidad y de la disciplina⁸⁹⁸. Esta tecnología se caracteriza por insertar el fenómeno a tratar dentro de una serie de acontecimientos probables, incorporando el mismo dentro de un cálculo de costos⁸⁹⁹. Además, este mecanismo no responde a una lógica binaria (permitido-prohibido) sino que fija una media considerada como óptima y límites de lo aceptable, más allá de los cuales no habrá que superar. La libertad es la esencia de este dispositivo puesto que la seguridad “deja hacer”.

El principio de cálculo es lo que Foucault llama seguridad. El liberalismo o, para ser más exactos, el arte liberal de gobernar, está obligado a determinar con precisión hasta qué punto los diferentes intereses individuales, muchas veces inclusive opuestos entre sí, no constituyen

⁸⁹⁷Bien señalan ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR que en todo el planteo de las teorías de la imputación no existe una explicación del concepto de riesgo. Toman como equivalente riesgo y peligro y siempre son concebidos ex ante, con lo cual siempre remiten al futuro, con el compromiso que eso importa para el principio de lesividad, que en Roxin es menos evidente que en otros autores que rechazan la regla de la realización del riesgo en el resultado (Jakobs, Frisch). Por otra parte, el riesgo (de risco, barco que encalla) no siempre es considerado como sinónimo de peligro. Citando a Giddens y a Luhmann, afirman que en sociología se ha distinguido ente riesgo como peligro que se calcula para disminuirlo, y peligro, que puede ser o no ser calculable. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro: “Derecho penal: Parte General”, p. 473.

⁸⁹⁸“La legalidad y la disciplina distribuyen todas las cosas según un código que es el de lo permitido y lo prohibido. Y dentro de esos dos campos especifican, determinan con exactitud, qué es lo prohibido y qué es lo permitido o, mejor, lo obligatorio”. FOUCAULT, Michel: *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France: 1977 – 1978*, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 67. Estos mecanismos no se suceden los unos a los otros. No existe una era de la legalidad, era de los disciplinario, era de la seguridad. Hay una serie de relaciones complejas entre las mismas que van variando a lo largo del tiempo. Las técnicas van a perfeccionarse o bien complementarse. Lo que va a cambiar es la preponderancia de una sobre las otras. Es decir, lo que variará, como dice Foucault, será “el sistema de correlación entre los mecanismos jurídicos legales, los mecanismos disciplinarios y los mecanismos de seguridad”. FOUCAULT, Michel: Ob. Cit., p. 23.

⁸⁹⁹“El dispositivo de seguridad (...) no trata de adoptar un punto de vista de lo que se impide ni el punto de vista de lo que es obligatorio, y tomar en cambio la distancia suficiente para poder captar el punto donde las cosas van a producirse, sean deseables o indeseables (...) Se intentará aprehenderlas en el nivel de su naturaleza o, mejor dicho (...) en el plano de su realidad efectiva”. FOUCAULT, Michel: Ob. Cit., p. 71.

un peligro para el interés de todos. El problema de la seguridad es básicamente, proteger el interés colectivo contra los intereses individuales⁹⁰⁰. Foucault afirma que:

“el liberalismo participa de un mecanismo en el que tendrá que arbitrar a cada instante la libertad y la seguridad de los individuos alrededor de la noción de peligro (...) Debe garantizar que los individuos o la colectividad estén expuestos lo menos posible a los peligros”⁹⁰¹.

Otro punto de vista respecto del concepto de riesgo que resulta interesante analizar es el elaborado por Niklas Luhmann, dada la influencia que el modelo de sociología sistémica desarrollado por este autor ha tenido en la formulación de la teoría penal elaborado por Jakobs.

Luhmann niega que el “riesgo” sea un objeto al cual habría que describir y estudiar. Para él, riesgo es un concepto, ya que la conceptualidad constituye aquello de lo que se habla, afirmando que:

“El mundo exterior ignora todos los riesgos, ya que no conoce ni distinciones, ni expectativas, ni valoraciones, ni probabilidades –y funge como un resultado específico de los sistemas que observan en el entorno de otros sistemas”⁹⁰².

Luhmann habla de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría acaecer el daño. No es esencial en relación al concepto el hecho de que quien tome la decisión perciba el riesgo como consecuencia de su medida adoptada o sean terceros los que lo atribuyen. Tampoco es importante el momento en que ocurre el daño, es decir si acaece al momento de la decisión o después. Lo que sí es fundamental para el concepto es exclusivamente que el posible daño sea contingente; esto es, visible⁹⁰³.

No opone al concepto de riesgo el de seguridad⁹⁰⁴. A este concepto, entendido como contrapunto categorial del riesgo, lo considera un anhelo. En las sociedades modernas lo

⁹⁰⁰FOUCAULT, Michel: *Nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France: 1978 – 1979*, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 85.

⁹⁰¹FOUCAULT, Michel: Ob. Cit., p. 86.

⁹⁰²LUHMANN, Niklas: “El concepto de riesgo”, en “Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesgo”, Josetxo Beriain (comp.), traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, edit. Anthropos, 1996, p. 129.

⁹⁰³LUHMANN, Niklas: “Sociología del Riesgo”, Ciudad de México, Triana Editores, 1998.

⁹⁰⁴LUHMANN sostiene que “en el esquema riesgo y peligro sigue estando presupuesto el interés por la seguridad (*e. i.* por la aversión al riesgo o la evasión de peligro), pero no resulta marcado por qué es de suyo comprensible. La distinción entre riesgo y peligro hace posible una marcación a ambos lados, por no a los dos a la vez”. LUHMANN, Niklas: Ob. Cit., p. 67.

marcado es el riesgo⁹⁰⁵. No existe ninguna conducta que esté exenta de riesgo ya que ellos no pueden ser evitados de manera total cuando se decide algo. Por otra parte, en el mundo moderno el no decidir también constituye una decisión. Ante esta situación es preferible dejar a un lado la esperanza de que investigaciones y estudios en este campo puedan neutralizar el riesgo a favor de una mayor seguridad. Por el contrario, cuanto mayor es la complejidad del proceso de cálculo racional, mayor es el número de facetas en la que reina la incertidumbre del futuro y, por lo tanto, el riesgo. La seguridad absoluta es inalcanzable, transformándose en un concepto vacío. Ella tan sólo desempeña la función de concepto de reflexión. Por ello, Luhmann se sirve de la distinción riesgo-peligro afirmando que:

“esta distinción supone (y así se diferencia de otras distinciones) que hay una inseguridad en relación a daños futuros. Se presentan dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es consecuencia de una decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso, hablamos de peligro”⁹⁰⁶.

De acuerdo con la distinción presentada por Luhmann, se habla en términos de “riesgo” cuando los daños futuros parten de una decisión tomada por uno mismo. En cambio, por “peligro” se entiende los daños que sobre uno recaen desde el exterior. La distinción riesgo-peligro está constituida de manera asimétrica. En ambos casos el concepto de riesgo caracteriza un estado de cosas complejo al que normalmente nos enfrentamos, por lo menos en la sociedad moderna. La contraparte funge solamente como un concepto de reflexión cuya función consiste en aclarar la contingencia de los hechos o estados de las cosas que caen bajo el concepto de riesgo.

En el binomio riesgo-peligro, la toma de decisiones y, por lo tanto, la contingencia, asume un rol sumamente importante, puesto que en ella uno se expone a peligros. Aquí la conducta juega un rol trascendente en lo referido a encausar a alguien a una situación en la que luego hace su aparición el daño⁹⁰⁷. La decisión sobre los riesgos genera como efecto la eliminación

⁹⁰⁵LUHMANN, Niklas: Ob. Cit., p. 68.

⁹⁰⁶LUHMANN, Niklas: Ob. Cit., p. 65

⁹⁰⁷LUHMANN ahonda diciendo que: “en los casos de riesgo, la atribución a decisiones conduce a una gran cantidad de decisiones sucesivas, a una serie de bifurcaciones, que ofrecen de nuevo posibilidades de decisión arriesgadas. La primera distinción es la de si el daño se incluye en el marco de los costes habituales (es decir, en la zona de beneficio) y si aumentan los costos que se cuentan de partida; o bien el daño provoca una situación en la que quepa lamentarse más adelante. Sólo para este caso de posibles decisiones de las que lamentarse en el futuro se despliega el aparato del cálculo de riesgo. Esta forma de la racionalidad sirve al despliegue de una

de la diferencia entre riesgo y peligro, pues quien toma dicha decisión, como consecuencia de la diferenciación funcional propia de las sociedades actuales, lo hace desde su posición como un peligro en sentido estricto pero, para los terceros, dicha decisión implica, desde su posición, un peligro.

Marcar los riesgos permite olvidar los peligros, por su contra, señalar los peligros permite olvidar las ganancias que se podrían obtener con una decisión riesgosa. Luhmann sostiene que en las sociedades antiguas lo que se hacía era más bien marcar el peligro, mientras que en las sociedades modernas lo marcado es el riesgo⁹⁰⁸.

En la teoría luhmanniana las normas cumplen una función importante con relación al riesgo. Las normas son formas bastante complejas de fijación temporal. Proyectan una expectativa hacia futuro, es decir, una expectativa (contingente, capaz de ser decepcionada) que no queda sobreentendida. Es así como el peligro y la decepción de expectativas se diluye (se despliega, se confirma) en la forma de la norma, es decir en la diferenciación entre conductas conformes y desviadas⁹⁰⁹. Si el observador se dirige conforme a la norma, el riesgo únicamente puede residir en la desviación de la misma. Para su reforzamiento, la misma consta de sanciones tanto internas (morales) como externas (jurídicas). Solamente constituye una conducta riesgosa orientarse de manera desviada. Luhmann aclara que:

“la norma se presupone libre de todo riesgo (...) La norma es válida, mientras sea válida. Cuando se noten desventajas o cambien las preferencias, puede ser cambiada. Pero mientras sea válida, no constituye ningún riesgo orientarse por ella”⁹¹⁰.

Por otra parte, considera que los problemas de riesgo, en cuanto problemas de fijación temporal, pueden ser resueltos mediante formas jurídicas adecuadas. Porque en el caso de los riesgos no se trata de un futuro para el cual se pueda determinar desde ahora cómo deberán comprometerse otros en situaciones futuras.

Tanto Roxin como Jakobs estipulan como requisito esencial de sus respectivas teorías de la imputación objetiva la necesidad de que el autor, con su comportamiento, genere un riesgo que supere los límites de lo permitido. En el caso de Frisch, no es que niegue la importancia

paradoja, en este caso, a la prueba de que a pesar de todo la decisión falsa puede haber sido correcta”. LUHMANN, Niklas: “El concepto de riesgo”, 1996, p. 145.

⁹⁰⁸LUHMANN, Niklas: “Sociología del Riesgo”, p. 68.

⁹⁰⁹LUHMANN, Niklas: Ob. Cit., p. 99.

⁹¹⁰LUHMANN, Niklas: Ob. Cit., p. 99.

de la creación del riesgo desaprobado, sino que no la ubica dentro de su teoría de la imputación del resultado. En su modelo de análisis éste es un requisito esencial del comportamiento típico⁹¹¹.

2.2. Los límites al riesgo permitido.

2.2.1. Claus Roxin.

Roxin ya en sus primeros escritos sobre la teoría de la imputación objetiva, sustituye el viejo concepto esbozado por Honig de la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*) por el concepto de riesgo. Conforme al modelo de imputación propuesto por Roxin, resulta relevante determinar si “la conducta de la persona en cuestión crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica en un bien jurídico”; en otras palabras, 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 tipo⁹¹². Es el tipo penal el que captura situaciones *a priori* riesgosas para los bienes jurídicos. Roxin no describe su concepto de riesgo sino que sólo desarrolla detalladamente los supuestos bajo los cuales una acción en principio típica, no debe ser imputada por no haber generado un riesgo no permitido. Ellos son los casos de disminución o eliminación del riesgo, el caso de falta de creación de un riesgo no permitido y los supuestos de riesgos permitidos.

Ya hemos hecho alusión en el capítulo anterior a los supuestos de disminución del riesgo como supuestos de no creación de un riesgo no permitido⁹¹³, que las teorías de la causalidad predecesoras no podían fundamentar la no imputación de estos supuestos. Con respecto a los

⁹¹¹La teoría de la imputación objetiva tiene toda la razón al estimar adecuado el primer presupuesto material para la afirmación de un injusto imputable. Para delitos –como el delito consumado de resultado– que requiere el injusto de resultado y, con ello, la producción de consecuencias derivadas de violaciones objetivas de la libertad jurídica, no puede renunciarse a un requisito cuyo contenido es que la conducta que conduce al resultado típico deba presentarse como creación de un riesgo desaprobado. FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, p. 224.

⁹¹²ROXIN, Claus: „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, p. 133. / ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 374. En sentido similar RUDOLPHI sostiene que “un resultado antijurídico causado por una conducta humana, sólo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado” (*Im Ergebnis bedeutet dies: Objektive zurechenbar ist in durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann, wenn dieses Verhalten eine rechtlichen Mißbilligte Gefahr des Folgeeintritts geschaffen und diese Gefahr sich auch tatsächlich in dem konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat*). RUDOLPHI, Hans-Joachim: „Kausalität und objektive Zurechnung“, p. 22.

⁹¹³En igual modo RUDOLPHI sostiene que el sentido y finalidad de las normas penales de prohibición no puede ser en absoluto el que prohíban acciones que reduzcan el riesgo de realización del resultado, atenúen lesiones de los bienes jurídicos protegidos o demoren su realización en el tiempo. RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 23.

otros criterios de exclusión del primer requisito de la imputación, Roxin distingue la “falta de creación de un riesgo no permitido” del “riesgo permitido”⁹¹⁴, reconociendo la dificultad que existe en la dogmática para definir qué se entiende por riesgo permitido. La mencionada diferenciación sólo tiene importancia teórica dado que desde el punto de vista de sus consecuencias ambos excluyen la realización del tipo objetivo.

En los casos de riesgo permitido se está ante situaciones que crean un riesgo pero que, de modo general (independiente del caso concreto) están permitidas, basadas en una ponderación global. Prototipos de riesgo permitidos son el tráfico público (automotor, tráfico aéreo, marítimo fluvial, etc.), el funcionamiento de instalaciones industriales, las prácticas de deportes que incluyen riesgos, las intervenciones médicas curativas de conformidad con la *lex artis*, etc.⁹¹⁵

Roxin reconoce que resulta difícil establecer las fronteras entre el riesgo permitido y aquel que no lo está. Cuán lejos llega el riesgo permitido es una cuestión que el legislador debe responder y no el ciudadano común⁹¹⁶. En estos casos es esencial tener el establecimiento de reglas de cuidado que orientan las mencionadas actividades, pues la regulación normativa mediante el establecimiento de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante⁹¹⁷.

La dificultad en la delimitación del riesgo se da especialmente en los delitos imprudentes y es en el marco del análisis del tipo objetivo de esa modalidad delictiva en la cual Roxin establece determinadas pautas para fijar los límites, ellas son: a) las normas jurídicas (*Rechtsnormen*); b) las normas del tráfico (*Verkehrsnormen*); c) el principio de confianza (*der Vertrauensgrundsatz*); d) la figura-baremo diferenciada (*die differenzierte Maßfigur*); e) los deberes de información y omisión (*Erkundigungs- und Unterlassungspflichten*) y por último, f) la ponderación de la utilidad y riesgo (*die Abwägung von Nutzen und Risiko*).

⁹¹⁴En sentido similar FRICHTER, Helmut: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2011, pp. 116-118.

⁹¹⁵ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 382-383.

⁹¹⁶ROXIN, Claus: „Finalität und objektive Zurechnung“, p. 246.

⁹¹⁷ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 383, / En sentido similar FRISCH considera que la existencia de reglamentación al servicio de la reducción de riesgos fundamenta asimismo el juicio sobre la existencia o inexistencia de riesgo desaprobado como la que da por sentada el comportamiento típico en los delitos de resultado. FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 92.

Respecto al primer criterio, el legislador establece prohibiciones de puestas en peligro abstractas, ello se produce en muchos ámbitos de la vida siendo el ejemplo más conocido la regulación de la circulación vial. En estos casos, la conducta que infrinja la respectiva norma jurídica constituye un indicio de riesgo no permitido, aunque no necesariamente, puesto que la norma sólo fija un riesgo en abstracto y de lo que se trata en la teoría de la imputación objetiva es de la creación de un riesgo “en concreto”, analizando las circunstancias del caso⁹¹⁸.

En segundo nivel se encuentran las normas del tráfico. Éstas no fueron creadas por el legislador sino que se trata de “reglamentaciones” de asociaciones o consorcios de intereses privados especialmente en el terreno técnico y para el ejercicio de determinadas especialidades deportivas⁹¹⁹. A este tipo de normativas no se les puede otorgar la misma trascendencia que a las normas fijadas por el legislador, dado que las normas del tráfico responden a intereses ligados a las respectivas instituciones que las establecen. Además, las “norma” puede ser errónea o ser superada por la evolución técnica o no adecuarse al caso concreto. Roxin reconoce que no se podrá apreciar aún un peligro jurídico-penalmente desaprobado cuando una conducta se desvía sólo de modo insignificante de una norma del tráfico o cuando la seguridad se garantiza de otro modo. En resumen, la infracción de normas del tráfico no es más que un indicio para la constatación judicial y, por otro lado, el respeto de las normas del tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido⁹²⁰.

En tercer lugar Roxin ubica al principio de confianza y desarrolla su ámbito de aplicación con respecto a tres ámbitos diversos de aplicación. En la circulación, el mencionado principio sirve para la negación del incremento del riesgo inadmisibles. El mencionado principio reza que “quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario”⁹²¹. En este ámbito el principio no es absoluto, puesto que el mismo decae cuando la confianza en el comportamiento debido de los otros en la circulación está manifiestamente injustificada (v.gr.

⁹¹⁸ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 1067-1068.

⁹¹⁹V.gr. DIN (*Deutsche Industrie-Normen*/ Normas de la Industria Alemana) las VDE (*Verband Deutscher Elektrotechniker* / Asociación de Electrónicos Alemanes) o pertenecientes a actividades deportivas como la FIS (*Fédération Internationale de Ski*). ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 1068-1069.

⁹²⁰ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1069.

⁹²¹ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1070.

en caso de niños, personas mayores, etc.)⁹²². El segundo ámbito de aplicación del principio de confianza es en la división del trabajo, especialmente en el ámbito de la actuación médica como lo es un equipo de operación⁹²³. Por último, aplica el principio de confianza respecto de los delitos dolosos de otros, dado que por regla general se debe confiar en que otros no cometan delitos. Cita como ejemplos los casos de venta de cuchillos, cerillas, mecheros, alcohol de quemar, de hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores. Su fundamento radica en que “si se debiera prescindir de ofrecer a otros la ocasión para cometer delitos dolosos, la vida social moderna sería igual de imposible si se renunciara al tráfico automovilístico”⁹²⁴.

En este ámbito el principio de confianza decae cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso. Sin embargo, ha de resultar improcedente la imputación, incluso en el caso de una perceptible inclinación al hecho delictivo, cuando falte un “fomento o favorecimiento” porque la conducta del *extraneus* sólo se convierte en causal para el resultado mediante una combinación caprichosa de condiciones por parte del autor doloso⁹²⁵.

Este último universo de casos es tratado por Jakobs bajo el principio de la prohibición de regreso⁹²⁶. Sin embargo, como veremos más adelante, Roxin rechaza el mencionado principio considerando que la solución no consiste en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido⁹²⁷.

Como cuarto criterio para delimitar el riesgo permitido Roxin recurre a la figura-baremo diferenciada; en función de esta regla se pregunta cómo habría actuado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto. Si

⁹²²ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1070; en sentido similar se pronuncia JAKOBS cuando sostiene que este principio queda excluido si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad. “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 220.

⁹²³JAKOBS utiliza al analizar este principio el mismo ejemplo. JAKOBS, Günther: IO, p. 30.

⁹²⁴En esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1072.

⁹²⁵ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1073.

⁹²⁶JAKOBS, Günther: IO, pp. 31-34.

⁹²⁷ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1072; „Bemerkungen zum Regreßverbot“, en „Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989“, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 186-187.

el sujeto en el caso concreto se comportó conforme a la regla estándar, se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido⁹²⁸ y no cabe la imputación.

El problema que presenta el criterio de la figura-baremo diferenciada es que a menudo no resulta sencillo establecer cuál es el comportamiento estándar. Si bien en determinadas actividades, como en el ejercicio de determinadas profesiones, resulta indispensable, en la medida que no existan normas jurídicas o normas del tráfico, recurrir a la *lex artis*, en el ámbito donde se carezcan de tales baremos resultará más complicado establecer la mencionada regla estándar⁹²⁹.

Cuando falten la mencionada figura-baremo se debe recurrir a los deberes de información y de omisión. Roxin formula en este caso dos reglas generales:

“quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídico-penalmente protegidos no puede valorar, debe informarse; si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta. Y quien pretende emprender algo que posiblemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia”⁹³⁰.

Como último criterio, en caso de supuestos no abarcados por los criterios anteriormente descritos, Roxin establece la ponderación de la utilidad y riesgo. En estos supuestos la determinación de la conducta como generadora o no de un riesgo jurídicamente desaprobado dependerá de su relevancia social. De esta manera existen actividades socialmente inútiles y cuyos riesgos generados son dignos de desaprobación (v.gr. una carrera de motos). En cambio, existen otras que están socialmente toleradas (v.gr. determinados espectáculos deportivos) aunque de ellas se puedan derivar daños menores⁹³¹. En este último supuesto de casos trata por tanto de un proceso de ponderación análogo al de los casos de riesgo permitidos regulados legalmente. Roxin señala que para establecer dicha ponderación son

⁹²⁸ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1075.

⁹²⁹Aunque ROXIN reconoce que fuera de los sectores laborales existen a menudo tales reglas; así, el usuario de medicinas consciente y cuidadoso no hará caso omiso de los prospectos de los medicamentos, el aficionado a navegar o el alpinista ajustado al baremo no harán caso omiso de las advertencias del servicio de vigilancia acuática o de montaña, etc. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1076.

⁹³⁰Brevemente resumido: quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1076.

⁹³¹En el caso de las acciones socialmente indicadas o prescriptas, como la del viaje a toda velocidad de una ambulancia, pueden aceptarse de nuevo riesgos aún algo mayores, sin que se rebase el límite con el peligro no permitido. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1076.

decisivas, no sólo la relevancia social de la conducta del sujeto, sino también otras circunstancias como lo son la magnitud del daño que eventualmente amenaza con producirse, y los sacrificios que serían precisos para eliminar plenamente un riesgo⁹³².

2.2.2. Wolfgang Frisch.

Para Wolfgang Frisch el riesgo no es un dato naturalístico, sino más bien componente normativo de una norma de conducta. La desaprobación de una conducta sólo se justifica cuando se identifican indicios concretos sobre peligrosidad de la conducta, puesto que al delimitar el peligro desaprobado, se están estableciendo restricciones a la libertad de acción. Así, una prohibición de conducta que incidiera sobre todo riesgo existente conduciría a coartar absolutamente la libertad de acción. Por ello, “sólo pueden desaprobarse jurídicamente aquellas conductas que comparten riesgos especiales de producción de lesiones típicas”⁹³³.

El riesgo captado por la norma de conducta no es meramente estadístico sino que lo entiende como “peligro concreto” (*konkrete Gefahr*). No obstante, Frisch reconoce que el criterio de “peligro concreto” sólo se trata de un concepto intermedio del que se puede prescindir⁹³⁴. Considerando preferible hallar el círculo de los comportamientos que han de desaprobarse en función de determinado riesgo⁹³⁵. De lo que se trata, en última instancia, es de determinar el ámbito del comportamiento típico como síntesis de la ponderación entre la libertad de actuar y la conservación de determinados bienes⁹³⁶. Así:

“Como creación de riesgo desaprobada, esto es, como conducta que realiza el primer requisito del comportamiento típico, han de considerarse las conductas que están vinculadas a un incremento evitable

⁹³²ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 1076.

⁹³³FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 223.

⁹³⁴En contra de la posibilidad de prescindir del concepto de “riesgo” se pronuncia BURKHARDT considerando el planteamiento de FRISCH en el cual una teoría de la creación de riesgo desaprobada como *definiens* de la acción típica, en la cual se pueda renunciar al concepto de peligro “concreto” (y con ello, posiblemente también al debate sobre los criterios de su enjuiciamiento) constituye una paradoja. BURKHARDT, Björn: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wieder die ‚Verwirrung zwischen den Subjektiven und dem Objektiven““, en „Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht“, 1. Auflage, herausgegeben von Jürgen Wolter und Georg Freund, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1996, p. 110.

⁹³⁵FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 75.

⁹³⁶FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 76.

(y verificable) del riesgo básico. Así, requisito (mínimo) de la conducta típica es, pues, la vinculación de la conducta con riesgo evitable que sobrepasa claramente el riesgo básico⁹³⁷.

De este modo, como ya hemos hecho referencia anteriormente, quedan descartadas del ámbito del comportamiento típico aquellas conductas que conlleven riesgos tolerados, definiéndolo como aquel riesgo que permanece inevitablemente aun observando el catálogo de reglas; es en cierto modo el riesgo residual o riesgo básico del ámbito vital o subsistema regulado de tal modo⁹³⁸.

Para Frisch, el establecimiento de reglas de reducción de peligros, sea por el legislador o la autoridad competente, fundamenta tanto el juicio sobre la existencia o inexistencia de riesgo desaprobado como el que da por sentada el comportamiento típico en los delitos de resultado⁹³⁹. Sin embargo, existen múltiples ámbitos en los que se carece de una regulación jurídica que delimite los riesgos tolerados, existiendo como preceptos jurídicos sólo prohibiciones relativamente genéricas de dañar⁹⁴⁰.

En caso de las reglas pretípicas (v.gr. técnicas, directrices, recomendaciones, etc.), Frisch se pronuncia de modo similar a Roxin, considerando que ellas sólo posibilitan la fundamentación del juicio de “previsibilidad” imprescindible para la tipicidad de ciertas conductas; no significa sino que la conducta es peligrosa⁹⁴¹. El comportamiento típico requiere de un juicio normativo adicional: sólo cabe hablar de desaprobación cuando al sujeto

⁹³⁷Als Mißbilligte Risikoschaffung, also als Verhalten, das die erste Voraussetzung tatbestandsmäßigen Verhaltens erfüllt, sind die Verhaltensweisen anzusehen, die mit einer konstatierbaren, *vermeidbaren Erhöhung des Grundrisikos* verbunden sind, (minimal-) Voraussetzung des tatbestandsmäßigen Verhaltens ist so gesehen die Behaftetheit des Verhaltens mit einem vermeidbaren Risiko, das das Grundrisiko deutlich überschreitet. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 96.

⁹³⁸FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 92-93; sin embargo la conducta que observa la regla, pero que sobrepasa claramente el riesgo básico, ha de calificarse ya como creación de riesgo desaprobada, lo que por lo demás no infrecuentemente queda puesto de relieve en las correspondientes normativas, mediante una cláusula general complementaria que describe evitar los peligros básicos evitables (esto es, los que exceden del riesgo básico típicamente residual).

⁹³⁹FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 92.

⁹⁴⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 100.

⁹⁴¹La observación de las reglas pre-jurídicas –incluyendo las reglas que requieren una modificación del comportamiento para las situaciones atípicas o cuando se aprecia que no bastan las reglas– sólo sirve de prueba de la inexistencia de conducta típica (cuando, frente a la expectativa, acaece una puesta en peligro o un perjuicio) si los riesgos residuales representan lo que debe exigírsele más adecuadamente al interesado en mantener los bienes, en interés de mantener las libertades de otros para evitar limitaciones o gravámenes indefendibles. FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 105-106.

actuante, ponderando los intereses contrapuestos, se le pudiera exigir en general observar la regla para evitar el peligro creado por su acción (o adoptar medidas de eficacia pareja)⁹⁴².

2.2.3. Günther Jakobs.

En el modelo teórico de Jakobs, el concepto central de imputación es el quebrantamiento del rol o, en otros términos, quien es el sujeto competente de la infracción de la norma⁹⁴³. Así Jakobs sostiene:

“...la teoría de la así llamada imputación objetiva, ha demostrado que no existen prohibiciones genéricas de lesión, del mismo modo que no hay mandatos genéricos de salvación; sino que, por el contrario, tales normas siempre afectan a personas competentes, siendo competente, aquel cuyo rol forma parte el no lesionar (o el salvamento)”⁹⁴⁴.

Debemos reconocer el paralelismo que existe entre el quebrantamiento del rol y el riesgo no permitido, dado que todo exceso del rol en tanto conducta perturbadora presupone la generación de un riesgo no permitido y, a contrario, toda conducta que se mantenga dentro de los márgenes del respectivo rol se mantiene, a la vez, dentro de los límites del riesgo permitido.

En una sociedad de libertades, en la que se desarrollan contactos anónimos, la administración de los objetivos fijados por el legislador (por ejemplo el objetivo de desempeñar el rol de persona que no mata) se lleva a cabo de modo descentralizado. Éste sólo fija determinadas finalidades que son realizadas por la autodirección de las personas. En este tipo de configuración social no se puede tener en cuenta la percepción del riesgo que tenga cada uno de los intervinientes, puesto que existen valoraciones individuales altamente divergentes⁹⁴⁵. En el esquema de Jakobs, es la configuración social la que determina los contornos del riesgo permitido; así una determinada actividad puede estar permitida o no estarlo en función de las necesidades sociales. Sin embargo, esta delimitación no es determina sólo en función de un

⁹⁴²FRISCH, Wolfgang: TVZE., pp. 103-104.

⁹⁴³La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para comisión como para la omisión. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 211.

⁹⁴⁴JAKOBS, Günther: “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, p. 45.

⁹⁴⁵JAKOBS, Günther: Ob. Cit., p. 50.

juicio de coste-beneficio, dado que existen riesgos permitidos sólo legitimados por la tradición⁹⁴⁶.

Qué se entiende por riesgo no permitido se determina en función del rol. El riesgo es permitido o no lo es, no de acuerdo con análisis naturalístico del respectivo riesgo, sino en función de los diversos roles y cómo éstos interactúan en la configuración social. De esta manera, un mismo riesgo puede estar permitido en el marco de un rol y, por el contrario, configurar un comportamiento no permitido conforme a otro rol⁹⁴⁷.

Resulta necesario aclarar que en la gestión de determinadas actividades, el legislador asume la administración centralizada de la misma, estipulando reglas válidas para todos; así, el legislador considera riesgoso conducir en estado de ebriedad o incendiar inmuebles destinados a la vivienda, dando lugar a los delitos de peligro abstracto⁹⁴⁸.

En lo que respecta al establecimiento de la frontera entre riesgo permitido y riesgo jurídicamente desaprobado, Jakobs sostiene que, en primer lugar, existen ámbitos en los cuales es el legislador quien determina los límites del riesgo permitido prohibiendo conductas abstractamente peligrosas. En segundo lugar, junto a dichas prohibiciones entran en juego las reglas del arte, normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales⁹⁴⁹, que se desarrollan en el marco de ciertas actividades profesionales. Todo ello describe un conjunto de expectativas en el marco de las cuales deben desarrollarse las interacciones sociales. Por último, cuando dichas reglas falten, hay que atender al comportamiento del administrador diligente o del cuidado de un padre de familia⁹⁵⁰.

Demás está aclarar que los demás criterios desarrollados por Jakobs, a saber, el principio de confianza, la prohibición de regreso y el ámbito de competencia de la víctima, no son más que

⁹⁴⁶JAKOBS, Günther: AT, p. 206.

⁹⁴⁷JAKOBS, Günther: IO, p. 61.

⁹⁴⁸JAKOBS, Günther: “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, p. 50; En sentido similar LUHMANN sostiene que la norma se presupone libre de todo riesgo (...) la norma es válida, mientras sea válida. Cuando se noten desventajas o cambien las preferencias, puede ser cambiada. Pero mientras sea válida, no constituye ningún riesgo orientarse por ella.⁹⁴⁸. LUHMANN, Niklas: “Sociología del Riesgo”, p. 99.

⁹⁴⁹Lo prohibido por estas normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es “experiencia acendrada”, pero, al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna. JAKOBS, Günther: AT, p. 205.

⁹⁵⁰JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 214.

especificaciones del comportamiento conforme al rol, puesto que lo trascendente no es la configuración de cada uno de los institutos sino la definición de los ámbitos de libertad.

2.3. Excurso: riesgo permitido y adecuación social.

En esta apartado analizaremos el concepto de riesgo permitido, comparándolo con el de la “adecuación social”, criterio interpretativo utilizado por Welzel para negar la configuración del ilícito.

Conforme a la concepción de Welzel, aquellas conductas que se mantienen dentro de los límites de lo socialmente adecuado, es decir dentro del orden-ético social, no pueden ser subsumidas en ningún tipo, aunque de manera literal pudiesen encajar en ellos.

Según este autor, la acción (también como acción final) es todavía una abstracción como la “motivación”, cuando ella no es considerada como fenómeno socialmente significativo, como acción en el espacio vital. Todas las acciones que se mueven funcionalmente dentro de lo que históricamente han llegado a ser el orden de la vida en comunidad de un pueblo, tales acciones son declaradas socialmente adecuadas. Socialmente adecuadas son todas las actividades que se realizan correspondientemente en la vida en comunidad conforme a su orden histórico⁹⁵¹. Las acciones socialmente adecuadas no son en modo alguno modo de comportamiento social, sino una conducta en el marco de la libertad social de acción (*soziale Handlungsfreiheit*). Ese ámbito no es siempre fácil de determinar⁹⁵².

Welzel cita ejemplos de conductas socialmente adecuadas, tales como viajar en ferrocarril, o bien el consejo de hacer un viaje en ferrocarril⁹⁵³. Otros ejemplos de adecuación social son las lesiones corporales insignificantes, las restricciones insignificantes de la libertad, las apuestas con valores insignificantes, etc.⁹⁵⁴

También trata al riesgo permitido como un caso especial de adecuación social que se diferencia de otros casos de adecuación social sólo a través del grado de peligro del bien

⁹⁵¹WELZEL, Hans: „Studien zum System des Strafrechts“, pp. 514-515.

⁹⁵²WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 56.

⁹⁵³Con ello se contesta bastante el vulgar ejemplo de si el sobrino perpetra un crimen cuando él persuade a su tío rico de un viaje en ferrocarril con la intención que de que muera en un accidente. Este ejemplo para WELZEL no tiene nada que ver con la causalidad, ni con el dolo, sino con la significación social de la conducta que hemos considerado como socialmente adecuada. Tampoco se trata de la antijuridicidad, que en principio existe cuando se ha sobrepasado la adecuación social. WELZEL, Hans: ZStW 58, p. 518.

⁹⁵⁴WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 56.

jurídico. Como antijurídicas son consideradas aquellas acciones que sobrepasan la adecuación social (o el riesgo permitido)⁹⁵⁵.

Welzel varió su concepción acerca de la adecuación social, llegándola a considerar como una causa de justificación de derecho consuetudinario⁹⁵⁶. Aunque en la última edición de su *Lehrbuch* sostiene que como ámbito de formas de comportamientos de la normal social, libertad de acción se diferencia de la adecuación social de las causas de justificación, de esta manera permite igualmente una acción libre pero de un modo especial: a saber una especial permisión que excluye la tipicidad, considerándolas acciones socialmente adecuadas⁹⁵⁷.

Desde el punto de vista teleológico adoptado por Welzel, la adecuación social es un principio tendencialmente correcto de especialización de los tipos delictivos y con ello un principio limitativo de los tipos penales que no tienen nada que ver con la antijuridicidad y la culpabilidad⁹⁵⁸.

Para este autor la adecuación social acarrea como consecuencia necesaria la atipicidad de la conducta, puesto que considerarla como una causa de justificación implicaría desconocer el carácter valorativo del tipo y tratarla como causa de exculpación acarrearía considerar dicha conducta como ilícita, no existiendo deber de tolerancia frente a ella, lo que posibilitaría una legítima defensa contra la conducta socialmente adecuada, lo que sería inadmisibile⁹⁵⁹.

Welzel desmembra los casos tratados por dicha categoría en dos subgrupos. El primero de ellos está constituido por los casos de riesgos jurídicamente irrelevante o riesgo permitido (*rechtliches irrelevantes oder erlaubtes Risiko*) analizando dentro del mismo casos tales como la participación en el tráfico ferroviario, viario o aéreo, el funcionamiento de plantas industriales, el funcionamiento de plantas industriales, la intervención en actividades deportivas, etc. Dado que conforme a su teoría de la imputación objetiva el resultado solamente puede ser imputado si es la consecuencia de una acción generadora de un riesgo no permitido, el criterio general es la realización de un riesgo creado por el autor y no permitido de manera general, resultando irrelevante acudir a la adecuación social⁹⁶⁰. Es en el ámbito de

⁹⁵⁵WELZEL, Hans: ZStW 58, p. 518.

⁹⁵⁶Entre las ediciones 4ª (1454) y 8ª (1963) de *Das Deutsche Strafrecht*.

⁹⁵⁷WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht**, p. 56.

⁹⁵⁸ROXIN, Claus: „Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht“, en „Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Günter Kohlmann, B. II, Köln, Dr. Peter Deubner Verlag, 1983, p. 304.

⁹⁵⁹ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 296.

⁹⁶⁰ROXIN, Claus: FS-Klug, p. 310 y ss.; AT, B. I, p. 297-298.

este grupo de casos donde Roxin trata el caso de la tormenta/tío rico resuelto por Welzel en el ámbito de la adecuación social, considerando que la teoría de la imputación objetiva ofrece reglas más precisas para la limitación de la responsabilidad⁹⁶¹.

El segundo grupo de casos es el referido a la exclusión del tipo de las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general (*die Ausscheidung gerigfügiger social allgemein tolerierter Handlungen aus dem Tatbestand*) considerando como ejemplo del mismo el caso de injurias pronunciadas confidencialmente en el círculo familiar más íntimo⁹⁶². En este círculo de casos no es lesionado el bien jurídico protegido por el tipo y por ende no se considera el hecho como infractor de una prohibición⁹⁶³. La solución correcta para estos casos se efectúa mediante una interpretación restrictiva de los tipos penales, orientada a la protección del bien jurídico.

Roxin considera que la teoría de la adecuación social es correcta en su finalidad pero la misma no constituye un elemento esencial del tipo penal, e incluso como criterio interpretativo puede ser sustituido por criterios más precisos⁹⁶⁴. Jakobs, por su parte, considera al riesgo permitido, el principio de confianza, la comisión referida al garante y la prohibición de regreso, como explicaciones de la adecuación social, introduciendo por tanto la adecuación social en la teoría de la imputación⁹⁶⁵.

2.4. El Juicio de riesgo.

La problemática a analizar en el presente apartado es en función de qué perspectiva los autores analizados realizan el juicio de riesgo, si la misma se formula desde la perspectiva *ex ante* o, por el contrario, desde la perspectiva *ex post*. Se debe distinguir, conforme al lenguaje ordinario, entre peligro (o peligrosidad) y el conocimiento o cognoscibilidad del peligro (de la peligrosidad). Cuando se aborda la problemática del juicio *ex ante*, o en su caso *ex post*, de lo que se trata es de si los riesgos son cognoscibles *ex ante*⁹⁶⁶. No está demás aclarar que la

⁹⁶¹WELZEL, Hans: ZStW 58, p. 518; ROXIN, Claus: FS-Klug, p. 311.

⁹⁶²ROXIN, Claus: FS-Klug, p. 312-313.

⁹⁶³En sentido similar JESCHECK, Hans-Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Dunker & Humblot Verlag, 1996, pp. 251-253.

⁹⁶⁴ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 299-300.

⁹⁶⁵JAKOBS, Günther: AT, pp. 184-185.

⁹⁶⁶BURKHARDT, Björn: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wieder die ‚Verwirrung zwischen den Subjektiven und dem Objektiven‘“, p. 101.

importancia de este juicio radica en el ámbito de los delitos imprudentes, siendo superfluo en el caso de delitos dolosos.

Según Roxin, el punto de vista conforme al cual se determina si existe o no riesgo es el de una prognosis objetivo-posterior (*objektive-nachträgliche Prognose*) conforme a la cual,

“todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (ex ante) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o aumenta el peligro”⁹⁶⁷.

De este modo Roxin identifica al juicio de riesgo desde el momento anterior al hecho, es decir, toma en consideración la perspectiva *ex ante*⁹⁶⁸.

La perspectiva *ex ante* en la determinación del juicio de riesgo también es compartida por Frisch cuando sostiene:

“Las normas de conducta tan sólo pueden apoyarse en datos que en el momento (anterior) a la acción sean accesibles al destinatario de la norma. Las normas que prohíben la creación de riesgos tan sólo pueden referirse racionalmente a conductas que ya desde la perspectiva *ex ante* sean peligrosas o, con mayor precisión: que aparezcan vinculadas a un riesgo desaprobado. Las conductas que desde la perspectiva *ex ante* no contienen tal riesgo no pueden estar recogidas en la norma, pues una norma así entendida sería de difícil cumplimiento”⁹⁶⁹.

Jakobs, por su parte, no rechaza la perspectiva *ex ante*, considerándola adecuada. Lo que sí rechaza, como veremos a continuación, es la figura del comportamiento estándar con el aditamento de los conocimientos especiales. Según Jakobs, para determinar si una acción es o no peligrosa, no se tiene en cuenta la perspectiva del sujeto actuante sino que el juicio debe ser “objetivo”, teniendo en cuenta las capacidades de un observador imaginario en la situación y con los bienes expuestos al riesgo desde la perspectiva *ex ante*, dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción. Jakobs rechaza que el juicio de riesgo se determine conforme al criterio “coste-utilidad”, fundado en el

⁹⁶⁷Er kommt darauf an, ob ein einsichtiger Beobachter vor der Tat (ex ante) das entsprechende Verhalten für riskant bzw. Gefährerhöhend gehalten hätte. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 378.

⁹⁶⁸En Sentido similar se pronuncia SCHÜNEMANN al sostener que La norma de conducta, cuya infracción constituye la conducta típica, debe ser formulada ex ante. En SCHÜNEMANN, Bernd: „Über die objektive Zurechnung“, p. 216.

⁹⁶⁹Verhaltensnormen können aber nun, das zählt zu den elementaren Vorgegebenheiten des Rechts, nur an die Daten anknüpfen, die im Zeitpunkt (vor) der Handlung der Normadressaten überhaupt zugänglich sind. Normen, die die Schaffung von Risiken verbieten, können also sinnvollerweise nur Verhaltensweisen meinen, die schon aus der Sicht ex ante riskant erscheinen, genauer: mit einem mißbilligten Risiko behaftet erscheinen. Verhaltensweisen, denen aus der Sicht ex ante ein solches Risiko nicht eignem können nicht gemeint sien – denn so verstandene Verhaltensnormen wären nicht befolgar. FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 175. Véase también *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 41-42.

conocimiento experto, porque desde dicha perspectiva se pierde de vista la valoración del riesgo en función de la “legitimación histórica”. Dicho de otro modo, “la certeza del juicio de riesgo, por su parte, ha de determinarse teniendo en cuenta un margen de riesgo oscilante según el ámbito objetivo”⁹⁷⁰.

2.4.1. Excurso: la discusión en torno a la perspectiva *ex ante* o *ex post*. La disputa Frisch vs. Burkhardt.

Si bien los autores objeto de análisis comparten la formulación del juicio de peligro desde la perspectiva *ex ante*, nos parece oportuno traer a colación la discusión que se ha dado en la dogmática respecto de la formulación del juicio de peligro en los delitos imprudentes, entre Jürgen Burkhardt y Wolfgang Frisch.

Burkhardt parte de la crítica al juicio *ex ante*, sosteniendo que los defensores de la postura mencionada, al estipular como presupuesto de la imputación la creación de un riesgo, no sólo exigen la creación de un peligro, sino la creación de un peligro objetivamente cognoscible, es decir, una creación de peligro tal que habría sido conocida *ex ante* por un espectador razonable⁹⁷¹.

Desde su punto de vista, la creación del riesgo desde la perspectiva *ex ante* no es de por sí (todavía un injusto) un ilícito y el “contenido del dolo y la imprudencia es la realidad y no lo que un hombre-modelo abstracto tome *ex ante* por realidad”⁹⁷².

Sostiene que bajo categorías tales como “falta de cuidado objetivo”, “superación del riesgo permitido” y “creación desaprobada de riesgo” se solapa una confusión entre lo objetivo y lo subjetivo del injusto, ligado a la no distinción entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo. Dicha confusión se visualiza cuando estipulan “la falta de cuidado objetivo” como “un criterio de imputación objetiva” válido tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes. Burkhardt rechaza categóricamente dicha afirmación puesto que según su postura la falta de cuidado interno no es un componente del delito doloso, sino un “sucedáneo para la falta de dolo”, o sea, un presupuesto para poder imputar al autor su valoración errónea. Así la imprudencia como valoración errónea (contraria a deber) del autor individual se

⁹⁷⁰JAKOBS, Günther: AT, p. 206.

⁹⁷¹BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., pp. 102-103.

⁹⁷²Gegenstand von Vorsatz und Fahrlässigkeit (...) ist die Wirklichkeit und nicht das, was ein „abstrakter Mustermann“ *ex ante* für Wirklichkeit hält. BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., p. 132.

corresponde categorialmente con el dolo y, por tanto, no puede, ni si quiera en parte, ser clasificada en el tipo objetivo⁹⁷³.

Burkhardt reivindica dejar de lado la perspectiva *ex ante*. Conforme a su modelo, determinar si una acción es riesgosa o no, debe ser indagado desde una perspectiva *ex post*. Así:

“La cuestión, perteneciente al tipo objetivo, de si existe una creación desaprobada de riesgo hay que juzgarla recurriendo a todos los conocimientos disponibles *ex post* (desde la perspectiva *ex post*). Lo decisivo es si la acción a enjuiciar, en caso de haber existido conocimiento del riesgo unido a ella, constituye un injusto de conducta”⁹⁷⁴.

Rechaza que la cognoscibilidad *ex ante* desempeñe papel alguno en el marco del tipo objetivo, mientras sí lo hace en el tipo subjetivo. El punto de partida para la valoración de la conducta lo constituye siempre, sea en el delito doloso o en el imprudente, las circunstancias conocidas por el autor. Así el punto de vista *ex ante* defendido en el nivel del tipo subjetivo tiene una dimensión particular, se trata siempre del punto de vista del sujeto que actúa (y no de una figura modelo)⁹⁷⁵.

Según Frisch, las críticas de Burkhardt no están dirigidas contra el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado en general, sino sólo a la extensión de lo que debe entenderse englobado bajo dicho concepto.

Además resalta Frisch que la creación desaprobada del riesgo a partir un juicio de peligro *ex post* es para Burkhardt un elemento constitutivo no sólo del ilícito imprudente, sino que también se extiende al ilícito del delito doloso de resultado. Este modo de entender al ilícito impide, desde la visión de Frisch, considerar la creación desaprobada del riesgo como un aspecto específico del hecho imprudente y como un momento de la imputación misma⁹⁷⁶.

Conforme fue expuesto con anterioridad, para Frisch las normas de conducta tan sólo pueden apoyarse en datos que en el momento (anterior) a la acción sean accesibles al destinatario de la norma, funcionando siempre desde la perspectiva *ex ante* y, según Frisch, esta afirmación

⁹⁷³BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., pp. 113, 129-130.

⁹⁷⁴Die zum objektiven Tatbestand gehörende Frage, ob eine mißbilligte Risikoschaffung vorliegt, ist unter Heranziehung allen *ex post* verfügbaren Wissens (aus der *ex-post*-Perspektive) zu beurteilen. Entscheidend ist, ob die zu beurteilende Handlung bei unterstellter Kenntnis des mit ihr verbundenen Risikos Verhaltensunrecht ergibt. BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., p. 133.

⁹⁷⁵BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., p. 134.

⁹⁷⁶Con ello se deshecha el conocido y extendido concepto de doble imprudencia. FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 172.

es reconocida por el propio Burkhardt cuando, para la comprobación *ex post* de la creación de un riesgo desaprobado, toma en consideración la consociabilidad individual por parte del autor⁹⁷⁷.

Frisch considera que si se sigue el criterio sostenido por Burkhardt, ello conduciría del ámbito del ilícito a excluir los casos en los que la conducta desde la perspectiva *ex post* no se manifiesta peligrosa, incluso cuando el juicio de peligro *ex ante* hubiera calificado la conducta como peligrosa y desaprobada. En realidad, el requisito de que la conducta deba ser también peligrosa desde el punto de vista *ex post* es válido sólo para los delitos consumados; pero esta exigencia no surge de la norma de conducta sino de la imputación de un resultado, aunque necesario en este caso no es el juicio *ex post* en sí, sino que es la determinación de que se ha realizado un curso causal por razón del cual la conducta está prohibida⁹⁷⁸.

2.5. Juicio *ex ante* y conocimientos especiales.

Respecto del juicio *ex ante* caben dos posibilidades o modelos. En el primer modelo sólo se toman en cuenta los conocimientos ontológicos y nomológicos de un participante ordinario en el corriente ámbito del tráfico, esto es, conforme a un estándar, más o menos definido de conocimientos esperados y de capacidad de discernimiento. En el segundo, por el contrario, se tienen en cuenta los conocimientos *ex ante* ontológicos y nomológicos óptimos⁹⁷⁹.

La adopción de este segundo enfoque implica la inclusión de los conocimientos especiales (*Sonderwissen*); en el juicio de peligro se ha constituido en una de las críticas centrales por parte de las teorías finalistas⁹⁸⁰ hacia la teoría de la imputación objetiva. Se cuestiona cómo circunstancias subjetivas pueden ser tenidas en cuenta en una imputación que se llama

⁹⁷⁷FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 175.

⁹⁷⁸FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, pp. 178-180.

⁹⁷⁹BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., p. 103.

⁹⁸⁰KAUFMANN, Armin: FS-Jescheck, p. 265; STRUENSEE, Eberhard: GA, 1987, pp. 97-98.

objetiva⁹⁸¹. Para los autores finalistas, como lo hemos visto en el capítulo anterior, la cuestión de los conocimientos especiales es un problema del dolo⁹⁸².

2.5.1. Claus Roxin.

Roxin comparte el segundo punto de vista, puesto que en la formulación del juicio de riesgo toma en consideración la perspectiva de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o aumenta el peligro. Al que le añade:

“también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto”⁹⁸³.

Roxin incluye en el juicio de riesgo a los conocimientos especiales del autor, rechazando la doctrina finalista que ataca en este punto a la teoría de la imputación objetiva por incluir en el mencionado juicio problemas específicos del dolo. Roxin contesta dicha crítica afirmando que el tipo objetivo no se llama consiguientemente objetivo porque la imputación a él se base en hechos objetivos externos, sino porque la imputación de las consecuencias, la existencia de una acción de homicidio o de lesión etc., es algo objetivo⁹⁸⁴.

⁹⁸¹GRECO, Luis: „Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Kristian Kühl, Heinz Müller-Dietz, Ulfrid Neumann, Claus Roxin, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, 117. Band, Berlin, Walter de Gruyter, 2005, p. 520.

⁹⁸²Se trata de un problema del dolo y con ello no un problema del tipo objetivo sino del tipo objetivo. HIRSCH, Hans Joachim: „Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel“, p. 399, enfatizando que lo que es objetivo y lo que es subjetivo no se encuentra a disposición de la dogmática, p. 405.

⁹⁸³Dabei ist auch hier der Beobachter mit dem etwaigen Sonderwissen des konkreten Täters auszustatten. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 378.

⁹⁸⁴ROXIN, Claus: „Finalität und objektive Zurechnung“, p. 250/ AT, B. I, pp. 378-379. ROXIN cita a GRECO en apoyo de su postura cuando éste sostiene que la función político-criminal del tipo objetivo es la determinación de los límites externos de las permisiones y prohibiciones. En cuanto se demuestra como necesario el conocimiento especial subjetivo en la determinación de esos límites, ya es relevante en el tipo objetivo. GRECO, Luis: ZStW 117, p. 553. En contra BURKHARD sostiene que en su formulación Roxin pone de manifiesto que ve en el conocimiento de las circunstancias constitutivas del riesgo un presupuesto de la imputación y no el producto de la misma. Sin embargo, de ser así las cosas, se debería plantear, en primer lugar, cuál es el contenido de la imputación, en segundo lugar, qué tienen que ver los presupuestos (objetivos y subjetivos) de la imputación con el tipo objetivo y, en tercer lugar, cómo es que criterios subjetivos de imputación deben ser relevantes para el tipo objetivo y para la imputación objetiva. Por lo demás, si el producto de la imputación fuera decisivo para calificar algo como “objetivo”, también podría decirse que el dolo desempeña un papel en el tipo objetivo en los casos en que se plantea si el acontecer objetivo puede ser imputado al “dolo”. BURKHARDT, Björn: Ob. Cit., p. 105.

2.5.2. Wolfgang Frisch.

Este autor rechaza la construcción de una norma de conducta que formule el juicio de peligro a partir de la consideración del máximo conocimiento disponible *ex ante*. Una norma de conducta con tales características sería demasiado estricta y, como consecuencia, conllevaría a considerar como infracciones de normas objetivas, las conductas realizadas por personas que no conocían y tampoco tenían el deber de conocer determinadas circunstancias⁹⁸⁵. De lo que se trata es de delimitar adecuadamente la norma de conducta, y de sobre la base de qué elementos debe ser formulado el juicio de peligro.

Frisch rechaza también la postura finalista según la cual, a través de la consideración de los conocimientos especiales, se esté recurriendo a un criterio subjetivo para delimitar el tipo objetivo⁹⁸⁶. Para este autor la inclusión en el juicio de peligro de los conocimientos especiales del autor no es un anticipo de lo subjetivo, sino la construcción de un juicio objetivo de peligro ajustado a peculiaridades más o menos generalizadas (en contraposición a un juicio puramente general). Así:

“Lo que se introduce en la base del juicio no es el conocimiento del propio autor, acaso un conocimiento especial, o cualquier otro dato individual. Se trata más bien de una indiscutible parte de la realidad que está más allá de la psique del autor, eso es, el objeto de su conocimiento que existe en la realidad o las circunstancias presentes en la realidad que él hubiera podido conocer, etc. Lo subjetivo o lo individual en sí mismo no pasa a formar parte del juicio de peligro. Forman parte del juicio de peligro circunstancias inequívocamente objetivas, sólo que cumplen con un criterio adicional; el de ser conocidas por el autor o que fueran por él experimentables. Con otras palabras, lo subjetivo o lo individual no es en sí mismo parte de la base del juicio, sino sólo criterio de selección para incluir los segmentos de la realidad (añadidos) en la base del juicio.”⁹⁸⁷

Desde la perspectiva de Frisch, los conocimientos especiales únicamente interesan como dato orientativo para la construcción de un juicio objetivo-individual de peligro.

⁹⁸⁵FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 181.

⁹⁸⁶FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 230.

⁹⁸⁷Was in die Urteilsbasis eingeht, ist ja nicht das Wissen des Täters selbst, etwa sein Sonderwissen, oder sonst ein individuelles Datum. Es ist vielmehr ein unbestreitbares Stück Wirklichkeit außerhalb der Psyche des Täters – nämlich der in der Wirklichkeit vorhandene Gegenstand seines Wissens oder die in der Wirklichkeit vorhandenen Umstände, die er hätte wissen können usw. Nicht das Subjektive oder das Individuelle selbst wird Teil der Urteilsbasis. Teil der Urteilsbasis werden vielmehr eindeutig objektive Umstände, die nur ein zusätzliches Kriterium erfüllen – nämlich vom Täter gewußt werden oder für ihn erfahrbar waren. Das Subjektive oder Individuelle ist mit anderen Worten nicht selbst Teil der Urteilsbasis, sondern nur Auswahlkriterium dafür, welche Segmente der Wirklichkeit (noch) in die Urteilsbasis eingestellt werden. FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 183.

“Evidentemente las circunstancias especiales de peligro (en caso de realización posterior del peligro) conocidas por el autor o experimentadas por él en algún momento también son reales y objetivas. En realidad, la referencia a lo que se experimenta individualmente sólo sirve para determinar de entre todas las circunstancias que concurren en el momento de la acción, que normalmente son conocidas por las personas que actúan, aquellas que (junto con las que son normalmente conocidas) deben ser consideradas en el juicio de la creación del peligro desaprobado (o, más precisamente, de la conducta jurídicamente correcta o incorrecta)”⁹⁸⁸.

Cabe destacar que Roxin relativiza la división entre lo objetivo y lo subjetivo, puesto que dicha distinción no resulta apropiada para lograr una adecuada aprehensión del objeto, relativizando así las críticas formuladas desde posturas finalistas⁹⁸⁹.

2.5.3. Günther Jakobs.

Respecto al grado de conocimiento del riesgo, Jakobs rechaza la postura extendida según la cual el juicio sobre el riesgo deba hacerse de manera objetiva por un experto en la materia de que se trate, contando además con todos los conocimientos y aptitudes especiales del autor⁹⁹⁰. Por el contrario, si bien el grado de conocimiento se determina de manera objetiva, el juicio se establece de conformidad a las expectativas respecto del rol de que se trate, no en la individualidad de su titular. Se trata del juicio de un titular de un rol que en el desempeño del mismo puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado⁹⁹¹. El principio general, según Jakobs, es que el rol decisivo es el de quien está autorizado para intervenir en ese ámbito vital, lo que en otros términos significa que a un rol general corresponden tan sólo conocimientos generales, no especiales⁹⁹².

El rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante para determinar conforme a derecho o socialmente perturbadora la conducta en cuestión, se obtiene mediante una generalización de

⁹⁸⁸Zweitens ist aber auch verfehlt, so zu tun, als basiere das Gefahurteil wegen dieses Vorgriffs auf subjektive oder individuelle Kenntnisse (im weiteren Sinn) nicht mehr auf objektiven Umständen. Denn natürlich sind (im Falle der späterer Gefahrenrealisierung) die dem Täter bekannten oder von ihm irgendwann erfahrenen besonderen Gefahrumstände auch wirklich und objektiv. Der Blick auf das individuell Erfahrene dient in Wahrheit nur dazu, die (neben den normalerweise bekannten) bei der Beurteilung der mißbilligten Gefahrschaffung (oder genauer: des rechtlich richtigen oder falschen Verhaltens) zu berücksichtigen sind. FRISCH, Wolfgang: Festschrift für Claus Roxin z. 70. G., p. 230. En sentido similar se pronuncia FRISCH en „Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre“, pp. 732-733.

⁹⁸⁹FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G., p. 231.

⁹⁹⁰JAKOBS, Günther: IO, p. 59.

⁹⁹¹El rol relevante no siempre es el del mayor experto; éste únicamente constituye el rol decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas, como sucede, por ejemplo, respecto del funcionamiento de una central nuclear. JAKOBS, Günther: IO, p. 60.

⁹⁹²JAKOBS, Günther: AT, pp. 208-209. / “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 214.

las facultades de las personas que participan de dicho rol. Es decir, la base del enjuiciamiento lo constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente⁹⁹³.

Como sólo se tienen en cuenta los conocimientos generales que conforman el respectivo rol, puede suceder que el autor está en condiciones de prever un daño en virtud de sus facultades especiales, el titular “modelo” del rol no está en condiciones de hacerlo. Jakobs utiliza el difundido caso del “camarero” según el cual un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus estudios que es venenosa. De todos modos, sirve la ensalada⁹⁹⁴.

En este caso se pregunta si el sujeto ha quebrantado su rol de camarero al servir una ensalada sabiendo (en función de conocimientos especiales) que la misma estaba envenenada. Jakobs responde que en este caso el estudiante no ha quebrantado su rol de camarero, pues, conforme a las expectativas, nadie espera que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. En este caso el camarero se ha comportado dentro de los límites del riesgo permitido⁹⁹⁵.

Reafirma su tesis trasladando la problemática al ámbito de la omisión, considerando que los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener: no son más que una pura subjetividad⁹⁹⁶.

Roxin critica la solución de Jakobs sosteniendo que en dicho ejemplo se está en presencia de un homicidio doloso y debe ser penado como tal. Para Roxin, allí donde la protección de bienes jurídicos sólo pueden ser alcanzada a través de la prohibición de acciones peligrosas, la prohibición sólo se puede apoyar en un juicio *ex ante* y los conocimientos del autor deben ingresar en el juicio sobre la peligrosidad objetiva de su acción⁹⁹⁷.

Sin embargo, el principio general formulado por Jakobs tiene excepciones en las cuales los conocimientos especiales sí forman parte del contenido del rol en cuestión. En estos casos se trata de determinar bajo qué presupuestos conocimiento y rol quedan vinculados. Para ello, Jakobs distingue entre competencia por organización y competencia institucional.

⁹⁹³JAKOBS, Günther: IO, p. 61.

⁹⁹⁴JAKOBS, Günther: IO, p. 63.

⁹⁹⁵JAKOBS aclara que se trata de una cuestión totalmente distinta si el comportamiento en cuestión sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión de socorro. JAKOBS, Günther: IO, p. 63.

⁹⁹⁶JAKOBS, Günther: IO, pp. 63-64.

⁹⁹⁷ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 378.

En el ámbito de la competencia por organización esa vinculación puede configurarse de dos maneras diversas. En primer lugar, puede que sea contenido del respectivo rol asegurar determinados estándares de seguridad. En este supuesto, cualquier conocimiento, independientemente de la manera en que haya sido adquirido, por medio del cual se constate que no se están cumpliendo los estándares de seguridad exigidos, obliga al titular del rol a desplegar la actividad correspondiente tendiente a asegurar el estándar de seguridad exigido⁹⁹⁸. En segundo lugar, puede suceder que el autor adapte el comportamiento de su rol de conformidad con sus conocimientos especiales que, de este modo, pierden su calidad de tal y pasan a formar parte del respectivo rol. Esta situación se presenta cuando el autor asume la administración de un riesgo, el cual ha sido reconocido en función de su conocimiento especial. Para ilustrarlo, Jakobs recurre al caso del “camarero” que descubre en la ensalada una fruta venenosa; sin embargo, él retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consume un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que ha de responder a las consecuencias⁹⁹⁹.

En el ámbito de los delitos por competencia institucional, por su parte, puede suceder que forme parte del respectivo rol constituir una comunidad más o menos estrecha entre garante y favorecido, incluyendo en dicha garantía todos los conocimientos que tenga al respecto, no pudiendo dejar de lado los conocimientos especiales que el garante disponga. Este tipo de relación se presenta, por ejemplo, en la relación de padres e hijos respecto de la tutela. Por consiguiente, la cuestión de hasta qué punto los padres, por ejemplo, han de hacer entrar en juego sus conocimientos especiales para la protección de sus hijos, se ha de decidir atendiendo a la concepción que la sociedad tenga de esta institución¹⁰⁰⁰.

3. El ámbito de protección de la norma.

Si bien tanto Roxin como Frisch recurren al criterio de ámbito de protección de la norma, lo hacen, como veremos en esta sección, desde diversas perspectivas. Mientras para Roxin es un

⁹⁹⁸ Así, cualquier propietario de un vehículo a motor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo, y si llega a saber que los frenos de su automóvil no se hallan en las condiciones debidas, siempre lo vendrá a saber en su rol de propietario, con independencia de que se lo comunique el taller mecánico, un vecino que de alguna manera se haya enterado o que él mismo se haya percatado al mirar casualmente debajo de su vehículo. JAKOBS, Günther: IO, p. 65.

⁹⁹⁹ JAKOBS, Günther: IO, p. 66.

¹⁰⁰⁰ JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 215.

criterio de imputación independiente, en Frisch no se trata sino de la determinación del comportamiento típico, o con dichas palabras, de la correcta interpretación de la norma de conducta.

3.1. El ámbito de protección de la norma en la teoría de Roxin.

Roxin ya en su primer esbozo sobre la teoría de la imputación objetiva, *Festschrift für Honig*, cataloga al ámbito protección de la norma como un criterio de imputación (*der Schutzbereich der Norm als Zurechnungsmaßstab*)¹⁰⁰¹ independiente y no abarcado por el concepto esbozado por Honig de la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*).

En dicha oportunidad trabaja el criterio antes mencionado como categoría independiente y sostiene que el criterio del ámbito de protección sólo puede obtener una función específica si se la reserva para casos que no son abarcados por los criterios del riesgo, es decir para aquellos casos en que se produce la creación de un riesgo no permitido y, sin embargo, no es imputado porque el legislador decide hacer responsable de ello a la persona que actúa¹⁰⁰².

En dicha oportunidad sostiene que la finalidad de protección de la norma debe estar orientada político-criminalmente a la protección de daños directos¹⁰⁰³. Considerando además que dicho criterio puede servir para excluir la imputación en aquellos casos que las lesiones de la integridad corporal o de la vida se producen, no debido a daños directos e imputables, sino por intentar impedirlos¹⁰⁰⁴.

Roxin trata dentro de este criterio el discutido caso de los ciclistas (RGSt 63, 192) conforme al cual dos ciclistas marchan sin luz por la oscuridad, uno de detrás del otro, y un tercer

¹⁰⁰¹En su primer esbozo de la imputación objetiva ROXIN trabajó los siguientes criterios: disminución del riesgo, falta de creación de un riesgo jurídicamente relevante, falta de aumento de un riesgo permitido y el ámbito protección de la norma como criterio de imputación. ROXIN, Claus: FS-Honig, pp. 133-150.

¹⁰⁰²ROXIN, Claus: FS-Honig, pp. 142. En sentido similar respecto de los delitos imprudentes ROXIN sostiene que el problema de imputación en el ámbito del ilícito no debe ser reducido a la cuestión de si una lesión de un bien jurídico es la consecuencia de un peligro creado por el autor sin una permisión especial. Por detrás se encuentra todavía un nivel de valoración ulterior que aquí he denominado como “fin de protección de la norma” y que debería ser aprovechado para restringir la responsabilidad jurídico-penal por imprudencia. ROXIN, Claus: „Zum Schutzzweck der Norm bei Fahrlässigen Delikten“, en „Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp und Ernst Wolf, 1. Auslage, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1973, p. 258.

¹⁰⁰³En sentido similar RUDOLPHI afirma que, si se ha fundamentado el deber para combatir un peligro típico, pero éste se encuentra frente a otra peligrosidad atípica, entonces el evitar ese (atípico) resultado no forma parte del ámbito de protección del deber violado por el autor, incluso tampoco cuando el autor hubiese podido evitar ese resultado atípico por medio del cumplimiento del deber correspondiente. RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 26.

¹⁰⁰⁴ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 142.

ciclista que viene de frente choca con el primero. En este caso si bien el accidente se hubiese evitado ya si el segundo ciclista hubiese llevado iluminación, sin embargo, él no resulta responsable, porque el deber de llevar el alumbrado no tiene la finalidad de que con ello sean iluminados otros vehículos.

Roxin sostiene que a diferencia de los restantes criterios de imputación que son válidos tanto para delitos dolosos como para imprudentes, en lo que concierne al ámbito de protección de la norma su aplicación podría ser diversa en función de si el delito de que se trate fuese doloso o imprudente¹⁰⁰⁵. Este criterio esbozado por Roxin no es otra cosa que la afirmación de que la norma no exonera a los riesgos que se encuentran protegidos dentro de su esfera.

En un escrito posterior Roxin vuelve sobre este criterio de imputación en el ámbito de los delitos imprudentes¹⁰⁰⁶, en el cual analiza una serie de supuestos no alcanzados por el ámbito de protección de la norma.

El círculo de casos en que hace jugar el mencionado principio es respecto de la participación en un suicidio voluntario, como así también en casos de auto-lesiones y auto-puestas en peligro. Considerando incorrecto resolver dichos casos a través de la teoría de la prohibición de regreso, considerando que la *ratio* de la no imputación se deduce que el fin de protección de la norma no protege cuando alguien se expone a sí mismo en peligro¹⁰⁰⁷. Equipara a esta categoría los casos de heteropuesta en peligro consentida, asimilándola a la auto-puesta en peligro en la medida que se cumplan los siguientes requisitos: a) si aquel que es puesto en peligro prevé el riesgo en la misma medida que quien lo crea; b) si el daño es la consecuencia del peligro asumido y no intercurrente de otro error y c) si aquel que es puesto en peligro carga la misma responsabilidad por el hacer en conjunto que aquel que lo crea¹⁰⁰⁸.

Otro caso de exclusión de la imputación es cuando terceros, de manera imprudente, producen el resultado en caso de acciones de salvamento accidentadas. La finalidad de la exoneración en este caso radica en que el legislador, cuando impone el mandato de acción, no debe hacer

¹⁰⁰⁵ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 144.

¹⁰⁰⁶ROXIN, Claus: FS-Gallas, pp. 241-259.

¹⁰⁰⁷ROXIN, Claus: FS-Gallas, pp. 244-246.

¹⁰⁰⁸ROXIN, Claus: FS-Gallas, p. 252.

cargar a terceras personas con la responsabilidad penal por las eventuales consecuencias dañosas¹⁰⁰⁹.

Dentro de este criterio de imputación comprende, además, los casos en los que la víctima rechaza la ayuda todavía posible (asunción del riesgo), como es el caso en que el autor produce lesiones y la víctima se niega a la transfusión por motivos religiosos. Si la conducta de la víctima era o no *a priori* previsible para el autor, resulta irrelevante¹⁰¹⁰.

También exonera de imputación los casos de persecución bajo el fundamento que es el legislador el que debe cargar los riesgos vinculados a la profesión¹⁰¹¹, criterio que en su *Lehrbuch* trata bajo el rótulo de “ámbito de responsabilidad ajena”.

Por último, excluye del ámbito de protección de la norma aquellos accidentes que resultan de daños permanentes en absoluto; deben serle imputados jurídico-penalmente al primer causante (daños consecuenciales); como así también los casos en los que una lesión de un bien jurídico producida por una segunda persona es mediada por un primer daño (segundos daños)¹⁰¹².

Roxin aclara que el tratamiento de los casos analizados bajo este criterio esbozado es al sólo efecto de demostrar que el criterio del ámbito de protección de la norma debería ser tenido en cuenta como criterio restrictivo, a la hora de analizar el delito imprudente. Además, afirma que “la idea de fin de protección no es un concepto del que pueda derivarse algo en sí mismo, sino sólo un ‘punto de vista directriz’ sobre la base del cual se tiene que trabajar gradualmente la totalidad del material jurídico”¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ROXIN, Claus: FS-Gallas, p. 247.

¹⁰¹⁰ROXIN, Claus: FS-Gallas, pp. 248-249.

¹⁰¹¹ROXIN, Claus: FS-Gallas, p. 249.

¹⁰¹²Bajo el título de “segundos daños” ROXIN trata, entre otros supuestos, los casos de daños del shock sufridos por terceros al enterarse de la muerte o lesión de personas allegadas. “Estos daños no son imprevisibles; sin embargo (...) me parece ir demasiado lejos si se quisiera imputar jurídico-penalmente al primer causante. El fin de protección de las prohibiciones jurídico-penales del homicidio y de la lesión no se dirige a proteger otras personas, distintas de las afectadas, de las repercusiones físicas producidas por conmociones anímicas”. ROXIN, Claus: FS-Gallas, pp. 256-257.

¹⁰¹³ROXIN, Claus: FS-Gallas, p. 258.

3.1.1. **Ámbito de protección de la norma de cuidado y alcance del tipo.**

Roxin desarrolla en su *Lehrbuch* un esquema más acabado de la imputación objetiva. En dicho esquema separa lo que antes era comprendido dentro de la finalidad de protección de la normas en dos categorías diversas.

En primer lugar, bajo el criterio de no realización del riesgo en el resultado, analiza los casos de no realización del riesgo porque el resultado no está cubierto por la finalidad de protección de la norma de cuidado (*der Schutzzweck der Sorgfaltnorm*). En él analiza, entre otros, el caso, antes desarrollado, de los ciclistas.

El criterio seguido por Roxin en estos casos es que la producción de determinados riesgos no abarcados por la norma de cuidado, impide ya la imputación del resultado¹⁰¹⁴. ROXIN aclara que no se trata aquí de “la finalidad de protección de la norma típica, sino de la finalidad de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido”¹⁰¹⁵. En estos casos el mandato de cuidado ya no cubre determinados resultados.

Luego, como criterio independiente de imputación, desarrolla el denominado “alcance del tipo” (*die Reichweite des Tatbestandes*), sustituyendo la vieja denominación de finalidad de protección del tipo, para evitar confusiones con el concepto anteriormente desarrollado.

En el alcance del tipo, es la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, etc.) la que de antemano no protege determinadas conductas y sus consecuencias¹⁰¹⁶. En estos casos, pese a que un riesgo no permitido se ha realizado en el resultado, el mismo no se imputa porque la norma penal no estaba destinada a proteger ese tipo de riesgos.

Bajo esta categoría Roxin analiza tres diversos supuestos de exclusión, aunque reconoce que en este ámbito la problemática no está cerrada y pueden existir más supuestos de exclusión, ellos son: a) la cooperación en la auto-puesta en peligro dolosa (*die Mitwirkung bei vorsätzlicher Selbstgefährdung*); b) la heteropuesta en peligro consentida (*die einverständliche Fremdgefährdung*) y c) la atribución la esfera de responsabilidad ajena (*die Zuordnung zum fremden Verantwortungsbereich*).

¹⁰¹⁴ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 391.

¹⁰¹⁵Der Schutzzweck der das erlaubte Risiko begrenzenden Sorgfaltnorm. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 391.

¹⁰¹⁶ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 391, 401.

Roxin extrae el criterio de la “la cooperación en la auto-puesta en peligro dolosa” a partir del hecho de que el StGB no prohíbe la participación en el suicidio o en las autolesiones. De allí extiende, a través de argumento a *fortiori*, la no imputación del resultado lesivo en los casos que el causante del mismo hubiese cooperado en la auto-puesta en peligro dolosa de la víctima. Como ejemplo de este supuesto Roxin cita, entre otros, el caso en que (A) le entrega para su propio consumo a (B) una dosis de heroína, (B) se la inyecta y muere producto de una sobredosis. En este caso, ¿debe imputársele a (A) la muerte de (B)? La respuesta que da este autor es negativa porque el fin de protección del tipo de homicidio no está destinado a evitar estos resultados¹⁰¹⁷.

En estos supuestos el tipo respectivo (sea el de homicidio, lesiones, etc.) no está destinado a proteger dichos casos, dado que si el que se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo (aunque tenga disminuida su capacidad de inhibición), el cooperador ha de quedar impune. Si, por el contrario, tiene disminuida su capacidad de intelección, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, se le debe imputar el resultado al extraño¹⁰¹⁸.

El segundo supuesto de exclusión de la imputación en este ámbito es “la heteropuesta en peligro consentida”. En este grupo de casos la víctima no se pone a sí misma intencionalmente en peligro, sino que se deja poner en dicha situación por un tercero con conocimiento del riesgo¹⁰¹⁹. Como ejemplos de esta constelación de casos Roxin trata el caso del “río Memel” en el cual un barquero, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponía para su empresa tanto el tiempo tormentoso como la profundidad de las aguas, accedió a cruzar el río Memel con ellos a bordo. La barca zozobró y los viajeros se ahogaron¹⁰²⁰, ¿es responsable el barquero por homicidio

¹⁰¹⁷ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 403-404. “Dicho criterio ha sido receptado por la jurisprudencia alemana cuando el Supremo Tribunal Alemán en 1984 sostuvo en el caso de la “heroína” que “las autopuestas en peligro queridas y ejecutadas por uno mismo de forma responsable no caen bajo el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si el riesgo que se realiza es el conscientemente corrido con esa puesta en peligro. Quien se limita a incitar a tal autopuesta en peligro o simplemente la posibilita o favorece no se hace penalmente responsable de un delito de lesiones o de homicidio”. Véase BGHSt 32, 262.

¹⁰¹⁸ROXIN, Claus: AT, B I., p. 406.

¹⁰¹⁹ROXIN, Claus: AT, B I., p. 409; „Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper und Michael Hettiger, Heidelberg, R. v. Decker, 2012, pp. 655 y ss. Existe una versión en español bajo el título de “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal” traducción de Enrique Perañanda Ramos, en InDret: Revista para el análisis del Derecho, 01/2013, Barcelona, 2013.

¹⁰²⁰RGSt 57, 172 (03.01.1923).

imprudente? O también el “caso del SIDA” en el cual una mujer tiene relaciones sexuales con un hombre, sabiendo que éste está infectado por el virus, no obstante renuncia a adoptar las medidas de protección y resulta por ello infectada, ¿es el hombre responsable de lesiones culposas?¹⁰²¹

Roxin insiste en la distinción entre la auto-puesta en peligro y la heteropuesta en peligro, dado que en esta última el sujeto lesionado no desencadena el suceso lesivo por sí mismo, sino que se expone al peligro originado por otro, sometiéndose de esa manera a un desarrollo imprevisible en el que a menudo no existe ya aquella posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo que todavía podría tener quien se pusiera a sí mismo en peligro; además, quien se expone a una heteropuesta en peligro, normalmente no tiene el mismo conocimiento de la capacidad del otro para dominar las situaciones arriesgadas que el que tiene para valorar la medida y los límites de su propia habilidad¹⁰²².

Roxin equipara “la heteropuesta en peligro consentida” a una “auto-puesta en peligro” si aquel que es puesto en peligro prevé el riesgo en la misma medida que quien lo crea, si el daño es la consecuencia del peligro asumido y no producto de otro error, y si aquel que es puesto en peligro carga la misma responsabilidad por el hacer en conjunto que aquel que lo crea¹⁰²³. De esta manera Roxin exige tres requisitos para poder efectuar la equiparación, ellos son: a) el conocimiento del riesgo en la misma medida de quien lo genera; b) el consentimiento de la acción arriesgada y c) que el sujeto al que se pone en peligro cargue con la misma responsabilidad que quien lo provoca por la acción común.

Lo cual significa que quien se expone al riesgo generado por otro carga con la misma responsabilidad que éste; asume el riesgo en virtud de su propia y libre decisión, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad¹⁰²⁴.

Bajo los requisitos antes descritos, se trata de una aplicación analógica de la solución propuesta para los casos de auto-puesta en peligro. Roxin considera que dicha analogía resulta viable porque opera en beneficio del autor¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ROXIN, Claus: GA, 2012, p. 656.

¹⁰²²ROXIN, Claus: FS-Gallas, p. 250; GA, 2012, p. 657.

¹⁰²³ROXIN, Claus: FS-Gallas, p. 252/ AT, B I., p. 411; GA, 2012, p. 664.

¹⁰²⁴Si para el tratamiento de la heteropuesta en peligro consentida es importante saber a quién se ha de atribuir la responsabilidad por el resultado producido (bien al sujeto dañado o bien a aquél que ha desencadenado inmediatamente el resultado dañoso), resulta entonces normativamente obligado convertir la medida de la responsabilidad por el consentimiento en criterio de imputación. ROXIN, Claus: GA, 2012, p. 664.

Roxin rechaza que el fundamento para la distinción, como lo ha hecho el BGH¹⁰²⁶, entre estos dos supuestos de alcance del tipo sea el del dominio del hecho, puesto que este criterio no sería válido para los casos de delitos imprudentes, en los que sí es aplicable el este criterio de imputación. Además, de lo que se trata en estos casos es de determinar de quién procede el peligro que se realiza inmediatamente en el resultado y no del dominio. De allí que si se determina que el riesgo procede de la propia víctima, estamos ante un caso de auto-puesta en peligro y, por lo tanto, toda participación resulta impune. Si, por el contrario, el riesgo proviene de un tercero y la víctima se limita a someterse con conocimiento a él, lo que existe es heteropuesta en peligro¹⁰²⁷.

Roxin también rechaza la equiparación de los casos de heteropuesta en peligro con los de con la categoría del consentimiento, puesto que en los casos de heteropuesta en peligro jamás se consiente el resultado: el que se expone al peligro parte de la base de que no se producirá la lesión del bien jurídico¹⁰²⁸.

Respecto de esta equiparación Roxin formula tres críticas. En primer lugar, en los casos de heteropuesta en peligro falta el dolo propio de los casos de consentimiento, cuando se ha actuado de manera imprudente, pues el sujeto afectado confió en que el resultado no se iba a producir. En segundo lugar, el consentimiento no es un caso de puesta en peligro sino un acto de disposición de bienes y en los casos de heteropuesta en peligro el sujeto lesionado quiere conservar sus bienes y parte de la suposición de que el riesgo al que se expone no conducirá al resultado. Por último rechaza considerar que al consentir la acción arriesgada decaiga el desvalor de acción de la conducta generadora del peligro y con ello toda responsabilidad por el resultado producido. Con el consentimiento del sujeto afectado no se puede eliminar el desvalor de acción sino que solo implica una renuncia a la conservación del bien jurídico que falta por completo en los casos de heteropuesta en peligro¹⁰²⁹.

La distinción entre estas dos categorías no es tenida en cuenta por la doctrina, entre otros, de Frisch, quien considera a ambas como equivalentes¹⁰³⁰. Cancio Meliá, por su parte, pone en

¹⁰²⁵ROXIN, Claus: GA, 2012, p. 664.

¹⁰²⁶BGHSt, 53(2008).

¹⁰²⁷ROXIN, Claus: GA, 2012, p. 659.

¹⁰²⁸ROXIN, Claus: GA, 2012, p. 661.

¹⁰²⁹ROXIN, Claus: GA, 2012, p. 661; reforzando su postura ROXIN sostiene que “la norma de conducta es establecida por el legislador, se dirige a todos y no se encuentra a disposición del titular del bien jurídico, que puede renunciar a él, pero no derogar la norma de conducta...”, p. 662.

¹⁰³⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 87 y ss., 149, 169 y ss., 182.

duda la independencia de estos criterios al considerar que la distinción propuesta por Roxin carece de fundamento suficiente en función del cual se pueda enjuiciar dogmáticamente de la conducta de la víctima¹⁰³¹. Su justificación se basa en el principio “autorresponsabilidad de la víctima”¹⁰³² (*der Selbstverantwortungsgrundsatz*) que impediría la distinción entre las dos categorías propuestas por Roxin.

El último de grupos de casos analizados bajo el alcance del tipo es el conocido como “la atribución a un ámbito de responsabilidad ajena” y el mencionado supuesto puede ser resumido diciendo que el fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro¹⁰³³.

Roxin reconoce que esta constelación de supuestos aún no ha sido suficientemente elaborada dogmáticamente, por lo que no resulta posible hacer afirmaciones seguras y de manera general sobre ellas. Sin embargo reconoce que:

“la *ratio* de la exclusión de la imputación reside en que determinados profesionales, dentro de la esfera 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. Ahora bien, entonces la consecuencia político-criminalmente coherente de dicha asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa de un profesional”¹⁰³⁴.

Siguiendo el principio antes mencionado no se debe castigar al dueño del inmueble que provocó imprudentemente el incendio si en las medidas de salvamento muere el bombero¹⁰³⁵.

Dentro de esta categoría trata aquellos casos, sumamente discutidos por la doctrina y la jurisprudencia, en los cuales la víctima lesionada muere a causa de un error médico¹⁰³⁶. En

¹⁰³¹CANCIO MELIÁ, Manuel: „Opferverhalten und objektive Zurechnung“, en „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft“, 111. Band, herausgegeben von Manfred Burstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Heinz Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999, p. 366.

¹⁰³²CANCIO MELIÁ, Manuel: ZStW (111), 1999, pp. 373-374.

¹⁰³³ROXIN, Claus: AT, B I., p. 417. Un esbozo embrionario de esta categoría es planteado por ROXIN en FS-Gallas, p. 249.

¹⁰³⁴Die Ratio der Zurechnungsausschließung in diesen Fällen liegt darin, dass bestimmte Berufsträger im Rahmen ihrer Kompetenz für die Beseitigung und Überwachung von Gefahrenquellen in einer Weise zuständig sind, dass Außenstehende ihnen nicht hineinzureden haben. Die kriminalpolitisch sinnvolle Konsequenz einer solchen Kompetenzzuweisung ist es dann aber, den Erstverursacher von den Folgen zu entlasten, die durch ein schädigendes Verhalten des Berufsträgers herbeigeführt werden. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 418.

¹⁰³⁵Entre los fundamentos para negar la imputación del causante del resultado ROXIN toma en cuenta, entre otras, razones político-criminales. Si el incendiario imprudente tuviera que contar con que además se le exigirá responsabilidad por el homicidio de los bomberos, esta consideración podría hacerle desistir de los llamados, lo que sería indeseable. ROXIN, Claus: AT, B I., p. 419.

contra de Jakobs, quien resuelve a través del criterio de si el resultado es o no al riesgo generado por la acción, Roxin considera que es necesario hacer una distinción, basándose en Frisch¹⁰³⁷, de si la conducta médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización. Así, si la víctima muere no como consecuencias de las lesiones producidas sino como resultado de un fallo médico (v.gr. suministro de un medicamento contraindicado, incisión equivocada que provoca la muerte por desangramiento, error en el suministro de la anestesia, etc.), entonces el profesional ha sustituido el riesgo originario por otro que se encuentra exclusivamente en su esfera de responsabilidad¹⁰³⁸.

Pero Roxin va más allá que Frisch o Jakobs, dado que tampoco imputa el resultado de muerte cuando la víctima muere consecuencia de la lesión infligida porque el médico no la ha tratado. Aquí distingue si la imprudencia del profesional se mueve o no dentro del baremo de la temeridad. Si la conducta del médico se mantiene por debajo de dicho límite, considera adecuado imputar a ambos (primer causante y médico) por homicidio imprudente. Por el contrario, si el médico ha superado ese límite, y actúa con imprudencia temeraria o grave, es a éste al que se le debe imputar el resultado y no al primer causante, fundamentando su solución en finalidades político-criminales, tanto razones de prevención especial como de prevención general no sería aconsejable su imputación¹⁰³⁹.

La misma solución aplica cuando es la propia víctima lesionada, mediante una conducta imprudente, quien ocasiona su propia muerte o agrava su lesión. En este punto no difiere de las soluciones propuestas por Jakobs o Frisch.

3.1.2. Críticas al ámbito de protección de la norma de Roxin.

El criterio propiciado por Roxin de la finalidad de protección de la norma es, sin dudas, la categoría más débil de su teoría de la imputación objetiva desde el punto de vista sistemático.

La distinción entre el “ámbito de la norma de cuidado” y el “alcance del tipo” termina siendo superflua desde el punto de vista de sus consecuencias, puesto que si bien el primero de los

¹⁰³⁶RUDOLPHI resuelve estos casos aplicando el principio de confianza a través del cual el primer interviniente no tiene por qué responder de una conducta defectuosa mediante una acción positiva. Por el contrario, imputa el resultado al primer causante si éste se debe a que el médico omite medidas de tratamiento indicadas, considerando que en estos casos es la puesta en peligro creada por el autor inicial la que también se realiza en el resultado. RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 31.

¹⁰³⁷FRISCH, Wolfgang: TVZE, 442-443.

¹⁰³⁸ROXIN, Claus: AT, B I., p. 420.

¹⁰³⁹ROXIN, Claus: AT, B I., pp. 420-421.

critérios ya no permite la realización del riesgo en el resultado, dado que su ámbito de aplicación es el de los delitos imprudentes, no podría imputarse la generación del riesgo desaprobado a título de tentativa y, por tanto, la conducta sería atípica. En lo que respecta al alcance del tipo, si el resultado no está abarcado por la norma típica, también acarrea la atipicidad de la conducta lesiva.

El criterio del ámbito de protección de la norma de cuidado también resulta ser contradictorio desde el punto de vista de la teoría de las normas, puesto que si “*a priori*”, es decir *ex ante*, ya no protege determinados resultados, no se entiende por qué Roxin ubica ese criterio de exclusión en el ámbito de imputación del resultado, que desde el punto de vista de la lógica deóntica siempre opera *ex post*.

Tampoco el criterio del alcance del tipo resulta ser satisfactorio desde un punto de vista lógico-sistemático puesto que, conforme al esquema de Roxin, se afirmaría la realización del resultado para luego, mediante una interpretación teleológica del tipo, negar la imputación por no encontrarse dentro del ámbito de su protección. Pareciera que este último criterio le sirviera a Roxin para resolver, en función de principios político-criminales, aquellos casos en que sus otros dos criterios de imputación resultan insatisfactorios.

Lo correcto sería plantearse si ese universo de conductas que *a priori* ya no se encuentran protegidas por el tipo penal, constituyen ya un riesgo no permitido. Lo ideal hubiese sido que Roxin desarrollase criterios, dentro de la delimitación del riesgo permitido, que diesen una respuesta satisfactoria a estos casos.

3.2. La propuesta de Frisch.

Como hemos señalado en el capítulo anterior, Frisch rechaza que el “fin de protección de la norma” sea un criterio de imputación del resultado, dado que en el marco de la mencionada categoría de lo que se trata es de captar con más precisión las dimensiones de riesgo bajo las cuales está desaprobada determinada conducta¹⁰⁴⁰. La indicación de las conductas abarcadas y no abarcadas por la prohibición penal representa un problema exclusivo de la norma de conducta y, por lo tanto, perteneciente a la categoría del comportamiento típico¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 65.

¹⁰⁴¹FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 66-67.

Como criterio rector del contenido del saber jurídico, la denominada finalidad de protección de la norma resulta para Frisch inútil. Además, considera peligroso recurrir al mencionado criterio, porque mediante su utilización se acentúa el aspecto del “fin”, y la cuestión de frente a qué cadenas causales pretende la ley proteger, constituyendo desde un punto de vista de excesiva unilateralidad, la idea del fin y en afirmaciones de voluntad de la ley, ocultando de este modo la importancia de otros factores:

“Ni los puntos de vista de la creación del peligro (concreto) ni los *topoi* de la necesidad y de la adecuación de la desaprobación de determinadas conductas, como tampoco la idoneidad, necesidad y adecuación de justamente el empleo de la pena para combatirla llegan siquiera a insinuarse en la doctrina del fin de protección”¹⁰⁴².

Frisch rechaza que principios como la “responsabilidad propia de la víctima” (*Eigenverantwortlichkeit des Opfers*), la idea de confianza (*Vertrauensgedanke*) puedan ser concebidos como concreción de un planteamiento de fin. Por el contrario, para Frisch representan concreciones de los criterios básicos de la falta de necesidad y adecuación de la intervención penal frente a determinadas creaciones de riesgo¹⁰⁴³.

Por último, también se opone a que el fin de protección de la norma constituya un juicio de imputación independiente, como lo es el alcance del tipo en el modelo de Roxin, del peligro prohibido. Este modo de proceder, afirmando la realización de un riesgo y luego negando la prohibición del mismo, resulta reiterativo. Si se realiza de manera completa y adecuada el enjuiciamiento del “peligro desaprobado”, no cabe la posibilidad para una verificación adicional del fin de protección, porque a la cuestión ya fue respondida¹⁰⁴⁴.

A modo de resumen, en el modelo propuesto por Frisch, la idea de “fin de protección de la norma” no es un criterio de imputación, ni tampoco es un criterio independiente de la determinación del comportamiento típico. Sólo se trata de la correcta interpretación de la norma de conducta y, como hemos analizado con anterioridad, ello se determina siempre desde la perspectiva *ex ante* en el ámbito de la respectiva norma de conducta.

¹⁰⁴²Weder die Gesichtspunkte einer (konkreten) Gefahrschaffung noch die central bedeutsamen Topoi der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Mißbilligung bestimmter Verhaltensweisen sowie der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit gerade des Einsatzes der Strafe zu ihrer Bekämpfung klingen in der Schutzzwecklehre auch nur ansatzweise an. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 83.

¹⁰⁴³FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 84.

¹⁰⁴⁴FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 85.

3.3. El ámbito de protección de la norma en Jakobs.

En Jakobs el ámbito de protección de la norma no es un criterio de imputación independiente en el modelo de imputación objetiva por él propuesto. Aunque bien es verdad que los casos tratados por Roxin dentro de dicha categoría son resueltos por en el modelo de Jakobs como ámbito de competencia de la víctima, sea porque ella ha asumido el riesgo o, porque debe soportar el hecho a título de desgracia.

Jakobs no realiza una interpretación teleológica de la norma orientada a la protección del bien jurídico sino que su modelo se basa en comprender la conducta, en principio típica como adecuada, y por ende no imputable. O por el contrario, como socialmente perturbadora.

Ante el quebrantamiento de la norma, como hemos visto con anterioridad, se trata siempre de la determinación del sujeto competente por el hecho acaecido. En su esquema de interpretación Jakobs plantea tres soluciones normativas posibles de imputación del hecho fáctico. Ellas son: imputación al autor, imputación a la víctima o imputación a un tercero. Además de estos casos también puede suceder que ante la imposibilidad de atribuir normativamente el hecho sólo quepa una respuesta de naturaliza cognitiva, tratándose estos casos como un infortunio o “mala suerte”, siéndole el hecho atribuido a la víctima a título de desgracia¹⁰⁴⁵.

4. Excurso: la denominada prohibición de regreso.

En este apartado abordaremos el tratamiento de la “llamada prohibición de regreso” en el marco de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, en el caso del modelo de Frisch dentro del comportamiento típico, como criterio para excluir la imputación a la acción.

El mencionado criterio sirve para deslindar la responsabilidad en caso de varios intervinientes. Según Frank, había condiciones que no eran causa y por consiguiente no fundamentaban la responsabilidad del autor. En consecuencia, para dichos casos regía una “prohibición de regreso” en el sentido de que las condiciones que se hallaban más allá de determinada situación no podían ser consideradas como causas¹⁰⁴⁶. Es decir, no son causas aquellas condiciones anteriores a la que, libre y conscientemente, condujo a la producción de un

¹⁰⁴⁵JAKOBS, Günther: IO, pp. 15-16.

¹⁰⁴⁶No son causales las condiciones previas de una condición. FRANK, Reinhard: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17. Neubearbeitete Auflage, Tübingen, Mohr Verlag, 1926, p. 16.

resultado. Siguiendo la regla, la intervención imprudente de una realización dolosa y plenamente responsable del tipo es impune.

Claus Roxin se opone a que la denominada prohibición de regreso constituya un criterio para excluir la imputación. Si bien reconoce que la prohibición de regreso conlleva a la misma solución que su teoría del alcance del tipo en los casos de auto-puesta en peligro dolosa, sostiene que dicha teoría yerra en su fundamentación. Conforme a Roxin, no se trata de una regla válida en general, sino de la decisión valorativa del legislador, que considera impune la participación en el suicidio auto-responsable¹⁰⁴⁷.

En otras situaciones la causación no dolosa de hechos dolosos tampoco puede ser imputada al tipo objetivo, no en función del fin de protección de la norma, sino desde el punto de vista del riesgo permitido. Aquí Roxin recurre al principio de confianza¹⁰⁴⁸ para fundamentar la exclusión de la imputación: de lo que se trata es de la delimitación del riesgo permitido. Este principio de confianza, como hemos visto con anterioridad, lo aplica en tres ámbitos vitales, a saber, al tráfico vial, a la división del trabajo y respecto de los delitos dolosos de otros.

Trata dichos criterios en el ámbito de los delitos imprudentes, aunque reconoce que el principio de confianza es extensivo al delito doloso. De esta manera resulta impune quien, al vender cuchillos o hachas, actúa con dolo eventual respecto de posibles hechos punibles que pueda cometer el comprador. Pues como sostiene Roxin,

“un riesgo permitido está permitido independientemente de la actitud del actuante respecto del resultado; incluso, quien no confía, puede ampararse en el principio de confianza”¹⁰⁴⁹.

Si analizamos el universo de casos tratados por Roxin bajo el principio de confianza conforme al esquema de Jakobs, el tercero de los supuestos no forma parte del principio de confianza sino de la prohibición de regreso. La diferencia entre ambos está dada porque en el principio de confianza, a diferencia de la prohibición de regreso, el sujeto interviniente es garante del resultado.

Frisch sostiene que los casos abordados bajo la llamada prohibición de regreso no se tratan prioritariamente de un problema de imputación del resultado sino de la respectiva conducta

¹⁰⁴⁷ROXIN, Claus: FS-Tröndle, pp. 185-186.

¹⁰⁴⁸ROXIN, Claus: FS-Tröndle, pp. 186-187/ AT, B. I, p. 1070-1071.

¹⁰⁴⁹...ein erlaubtes Risiko ist unabhängig von der Einstellung des Handelnden zum Erfolge erlaubt; auch nicht Vertrauende kann sich auf den Vertrauensgrundsatz berufen. ROXIN, Claus: FS-Tröndle, p. 187.

típica en los delitos de resultado¹⁰⁵⁰. La clave no yace en la participación, sino en la extensión del comportamiento del autor de los delitos imprudentes¹⁰⁵¹.

Como hemos analizado en el capítulo dedicado al pensamiento de Jakobs, éste autor recurre al criterio de la prohibición de regreso para deslindar la participación punible de aquella que es meramente banal en supuestos de realización de una empresa en común. La regla general es que aquella conducta que se mantiene dentro del respectivo rol no defrauda las expectativas normativas y, por ende, no puede ser interpretada como participación en la empresa delictiva ajena aunque el sujeto estuviese al tanto de dicha finalidad. Por lo demás, la prohibición de regreso ya no resulta aplicable cuando la conducta del tercero, conforme a un sentido objetivo, consiste en la incitación o favorecimiento de un delito. Según Jakobs, éstos ya constituirían supuestos de complicidad y/o inducción¹⁰⁵².

Roxin critica el punto de vista de Jakobs al negar la existencia de acciones cuya única finalidad consista, desde un punto de vista objetivo, en favorecer el delito. Todas las acciones, incluso la de entregar el veneno más venenoso, u ofrecer un arma en el marco de una pelea, pueden realizarse sin una finalidad delictiva (v.gr. ella puede ser empleada con el fin de ejercer legítima defensa)¹⁰⁵³.

5. Conclusiones.

Todos los autores analizados identifican a la conducta prohibida como aquella que supera un determinado límite de riesgo. La diferencia está dada en que Frisch no ubica este procedimiento dentro de la teoría de la imputación objetiva sino en el ámbito de la teoría del comportamiento típico. Ninguno de los autores explicita el concepto de riesgo del que parte, solamente se limitan a determinar los criterios bajo los cuales se excluye la mencionada categoría.

Otro punto en el que concuerdan nuestras fuentes informantes es que, para la determinación de la conducta generadora del riesgo, recurren a un juicio *ex ante*, situado en la posición del autor al momento del hecho, lo que a nuestro entender resulta correcto. Difieren en torno a si ese juicio es conforme a una regla baremo estándar o si tiene en cuenta los conocimientos

¹⁰⁵⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 234.

¹⁰⁵¹FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 235.

¹⁰⁵²JAKOBS, Günther: IO, p. 34; “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 221.

¹⁰⁵³ROXIN, Claus: FS-Tröndle, p. 190.

óptimos. Para Roxin, en la formulación del juicio de riesgo se debe tomar en consideración si desde la perspectiva de un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o aumenta el peligro, dotando al observador del eventual saber especial del autor concreto. Frisch también tiene en cuenta dicha perspectiva, aunque aclara que ello no implica un anticipo de lo subjetivo. Según él lo que introduce en la base del juicio no es el conocimiento del propio autor, acaso un conocimiento especial, o cualquier otro dato individual. Se trata más bien de una indiscutible parte de la realidad que está más allá de la psique del autor, eso es, el objeto de su conocimiento que existe en la realidad o las circunstancias presentes en la realidad que él hubiera podido conocer¹⁰⁵⁴. En este aspecto se aparta Jakobs, rechazando la postura según la cual en el juicio sobre el riesgo debe tenerse en cuenta los conocimientos especiales. Para él, el juicio se establece de conformidad a las expectativas respecto del rol de que se trate, no en la individualidad de su titular. A un rol general corresponden tan sólo conocimientos generales, no especiales. Sin embargo relativiza su postura dado que en determinados supuestos, como es el caso de la competencia institucional, los conocimientos especiales forman parte del respectivo rol.

En lo que respecta al fin de protección de la norma, sólo para Roxin la denominación “alcance del tipo” constituye una categoría independiente dentro de la teoría de la imputación objetiva. Jakobs no utiliza la mencionada categoría y los casos analizados por Roxin dentro del alcance del tipo, son resueltos por aquél dentro del ámbito de competencia de la víctima. Para Frisch, por su parte, la teoría del fin de protección de la norma no constituye ni una categoría independiente ni un juicio de imputación. En cuanto a su naturaleza, no se diferencia de la teoría del comportamiento típico. A través de la mencionada categoría de lo que se trata es de conductas que, de modo *a priori*, están permitidas de manera general. Desde nuestro punto de vista, resulta contradictorio y afirmar la imputación del resultado (perspectiva *ex post*) y luego negarla porque *a priori* (*ex ante*) y de manera general la norma típica no estaba destinada a impedir esa clase de resultados. Si la finalidad de la norma no era impedir dichas conductas, las mismas se encontraban, ya *ex ante*, permitidas. El proceder de la teoría de la imputación objetiva de Roxin es adoptar la perspectiva *ex ante* en la creación de un riesgo no permitido, variar luego a la perspectiva *ex post* en la realización del riesgo en el resultado y, luego, volver a adoptar la perspectiva *ex ante* en el alcance del tipo. Hubiese sido más lógico que

¹⁰⁵⁴FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 183.

integre en una categoría todo aquello que opera desde la perspectiva *ex ante*, puesto que si a través del alcance del tipo de lo que se persigue es, al igual que en el caso de la creación de un riesgo no permitido, determinar cuándo una acción se encuentra dentro del ámbito de la libertad de acción y cuándo ya supera dicho límite, podría desarrollarse una categoría que las integre. Resta por determinar si aquello que opera desde la perspectiva *ex ante* constituye o no un juicio de imputación, problemática que será tratada en el último capítulo.

6. Resumen.

- No resulta claro a qué concepto de riesgo hacen referencia las teorías de la imputación objetiva cuando establecen dicho concepto como instrumento límite de la imputación del resultado.
- Tanto Roxin como Jakobs estipulan como requisito esencial de sus respectivas teorías la necesidad de que el autor, con su comportamiento, genere un riesgo que supere los límites de lo permitido. En el caso de Frisch, no es que niegue la importancia de la creación del riesgo desaprobado, sino que no la ubica dentro de su teoría de la imputación del resultado constituyendo el núcleo del comportamiento típico.
- Roxin no describe su concepto de riesgo, sino que sólo desarrolla detalladamente los supuestos bajo los cuales una acción en principio típica, no debe ser imputada por no haber generado un riesgo no permitido. Ellos son los casos de disminución o eliminación del riesgo, el caso de falta de creación de un riesgo no permitido y los supuestos de riesgos permitidos.
- Roxin reconoce que resulta difícil establecer las fronteras entre el riesgo permitido y aquel que no lo está. La dificultad en la delimitación del riesgo se da especialmente en los delitos imprudentes y es en el marco del análisis del tipo objetivo de esa modalidad delictiva en la cual Roxin establece determinadas pautas para fijar los límites, ellas son: a) las normas jurídicas; b) las normas del tráfico; c) el principio de confianza; d) la figura-baremo diferenciada; e) los deberes de información y omisión y por último, f) la ponderación de la utilidad y riesgo.
- Para Wolfgang Frisch el riesgo no es un dato naturalístico sino más bien componente normativo de una norma de conducta. La desaprobación de una conducta sólo se

justifica cuando se identifican indicios concretos sobre peligrosidad de la conducta. Únicamente pueden desaprobarse jurídicamente aquellas conductas que comparten riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Como creación de riesgo desaprobada, han de considerarse las conductas que están vinculadas a un incremento evitable (y verificable) del riesgo básico.

- Para Jakobs, qué se entiende por riesgo no permitido se determina en función del rol. El riesgo es permitido o no lo es, no de acuerdo con análisis naturalístico del respectivo riesgo, sino en función de los diversos roles y cómo éstos interactúan en la configuración social.
- Welzel consideró a la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad o, en determinado período, como una causal de justificación supra legal. Roxin considera que la adecuación social es un principio tendencialmente correcto de especialización de los tipos delictivos. La adecuación social acarrea como consecuencia necesaria la atipicidad de la conducta. Los casos de adecuación social son casos de riesgo permitido o bien, casos en que no es lesionado el bien jurídico protegido por el tipo y, por ende, no se considera el hecho como infractor de una prohibición.
- Los tres autores analizados concluyen en que la determinación del juicio de riesgo se realiza conforme a un juicio *ex ante*, es decir, el punto de vista del observador antes del hecho.
- Roxin incluye en el juicio de riesgo a los conocimientos especiales del autor. También Frisch los tiene en cuenta al momento de formular el juicio de riesgo.
- Roxin, en su *Lehrbuch*, desarrolla su esquema más acabado de la imputación objetiva separando lo que antes era comprendido dentro de la finalidad de protección de la normas en dos categorías diversas. En primer término, bajo el criterio de no realización del riesgo en el resultado, analiza los casos de no realización del riesgo porque el resultado no está cubierto por la finalidad de protección de la norma de cuidado. Luego, como criterio independiente de imputación, desarrolla el denominado “alcance del tipo”. En este último supuesto es la norma típica la que de antemano no protege determinadas conductas y sus consecuencias. En el alcance del tipo analiza los

casos de a) la cooperación en la auto-puesta en peligro dolosa; b) la heteropuesta en peligro consentida y c) la atribución la esfera de responsabilidad ajena.

- La distinción entre el “ámbito de la norma de cuidado” y el “alcance del tipo” termina siendo superflua desde el punto de vista de sus consecuencias. El criterio del ámbito de protección de la norma de cuidado también resulta ser contradictorio desde el punto de vista de la teoría de las normas. Lo ideal hubiese sido que Roxin desarrollase criterios dentro de la delimitación del riesgo permitido que diesen una respuesta satisfactoria a estos casos.
- Para Frisch, la determinación de las conductas abarcadas y no abarcadas por la prohibición penal representa un problema exclusivo de la norma de conducta y, por lo tanto, perteneciente a la categoría del comportamiento típico.
- En Jakobs el ámbito de protección de la norma no es un criterio de imputación independiente. Los casos tratados por Roxin dentro del alcance del tipo son resueltos por en el modelo de Jakobs como ámbito de competencia de la víctima.
- Claus Roxin se opone a que la denominada prohibición de regreso constituya un criterio para excluir la imputación. Para Frisch esta problemática no yace en la participación, sino en la extensión del comportamiento del autor de los delitos imprudentes (comportamiento típico). Jakobs, por su parte, recurre al criterio de la prohibición de regreso para deslindar la participación punible de aquella que es meramente banal en supuestos de realización de una empresa en común.

Capítulo II: la realización del resultado en la teoría de la imputación objetiva.

1. Introducción.

Objeto del presente capítulo es realizar un análisis comparativo de los diversos modelos de imputación objetiva previamente presentados, en lo concerniente a la categoría “realización del resultado”. Es decir, lo que concierne a la determinación de bajo qué presupuestos un resultado referido a una acción generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado puede serle atribuido al autor como obra suya. Sabido es que a lo largo de la historia de la dogmática jurídico-penal, fundamentalmente bajo el influjo de corrientes que priorizaban el desvalor de resultado, dicho lazo de unión entre la conducta y el resultado fue desempeñado por las teorías de la causalidad en sus diversas vertientes, de la cual la teoría de la imputación objetiva constituye su versión más acabada.

En este capítulo también analizaremos cuestiones ampliamente discutidas por la doctrina en esta categoría, a saber: la teoría del incremento del riesgo, los cursos causales hipotéticos y los resultados sobre-condicionados, entre otros casos.

El motivo por el cual todos los temas son tratados en este capítulo responde a que, según la hipótesis por nosotros planteada, en todos estos casos la norma opera desde la perspectiva *ex post*.

2. La imputación del resultado: el rol de la causalidad.

No intentaremos realizar una evolución histórica de la/s teoría/s de la causalidad, que de hecho ya existe abundante bibliografía al respecto, sino que nuestro objetivo se ceñirá en determinar el rol que juega la “causalidad”, entendida en términos de causalidad natural (*conditio sine qua non*), en la imputación del resultado.

Sabido es que incluso antes del cambio de paradigma¹⁰⁵⁵ que implicó el descubrimiento de las leyes de la física, en especial de la relación de causa y efecto, ya determinados sucesos

¹⁰⁵⁵Para KUHN, la ciencia normal significa la investigación basada firmemente en uno o más logros científicos que una comunidad científica particular reconoce durante algún tiempo como fundante de su práctica posterior. A estos logros los llama “paradigmas”, los mismos comparten dos características. Por un lado sus realizaciones carecen hasta tal punto de precedentes, que son capaces de atraer a un grupo duradero de partidario alejándolos de los modos rivales de actividad científica, y por otro lado, son lo bastante abiertas para dejarle al grupo de profesionales de la ciencia así definido todo tipo de problemas por resolver. KUHN, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 70-71.

indeseados, como por ejemplo la perpetración de un homicidio, eran atribuidos a un sujeto como obra suya. Como bien señala Kelsen, el primer estadio es la imputación, en una versión animista del mundo, y luego se surge la causalidad como una maduración de la sociedad¹⁰⁵⁶.

Bajo el influjo del pensamiento positivista del s. XIX, la causalidad se convirtió en la columna vertebral de la teoría del delito, la explicación (*Erklärung*) del fenómeno delictivo consistía en describirlo en términos de causa efecto, entre una acción voluntaria y una modificación en el mundo exterior.

El quiebre producido por el dualismo metodológico en la teoría de las ciencias, convirtiendo al comprensivismo en la metodología propia de las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*), implicó dentro de las fronteras del derecho penal, la relativización del desvalor del resultado, cuando no su exclusión por parte de corrientes finalistas denominadas radicales.

Las corrientes de la dogmática jurídico-penal denominadas “teleológicas” han reconsiderado la importancia del desvalor de resultado en la determinación del ilícito y, para limitarlo, han desarrollado las modernas teorías de la imputación objetiva, que no son otra cosa que un conjunto de criterios normativos destinados a delimitar y precisar los resultados que pueden ser atribuidos al autor.

Bajo el influjo de estos criterios normativos surge la necesidad de preguntarnos si las modernas teorías de la imputación objetiva pueden prescindir totalmente de la causalidad o, por el contrario, ella constituye un presupuesto imprescindible a la cual solamente la teoría de la imputación del resultado le añade criterios normativos limitativos.

Al respecto Roxin es claro, su teoría de la imputación objetiva no sustituye a la causalidad natural, ni tampoco a las anteriores teorías de la causalidad (de la imputación) que preceden a la suya. Por el contrario, su modelo teórico constituye un complemento correctivo. Conforme a su teoría sostenida, la causación constituye un límite extremo de la posible imputación¹⁰⁵⁷, una condición necesaria, aunque no suficiente, para la imputación. Así:

“En consecuencia, la teoría del nexo causal es (al menos en los delitos comisivos...) el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el

¹⁰⁵⁶KELSEN, Hans: „Reine Rechtslehre“, pp. 88-89.

¹⁰⁵⁷ROXIN, Claus: *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, p. 372.

autor haya causado el resultado. Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo, como antes se creía, aunque concurren los restantes elementos típicos escritos”¹⁰⁵⁸.

Conforme a su postura, allí donde la causalidad entre acción y resultado no pudiese ser comprobada, habría que negar la imputación del resultado, con lo cual la conducta generadora del riesgo sólo podría ser imputada como acto de tentativa, si ella fuese dolosa. Sin embargo, como analizaremos más adelante, este modo de proceder cede ante su particular punto de vista sobre la teoría del incremento del riesgo, según la cual llega a imputar el resultado aun cuando la causalidad no esté probada fehacientemente.

Tampoco Frisch prescinde de la relación causal, dado que ella constituye el primer ámbito parcial que, junto a la relación de realización, configura su teoría de la imputación del resultado. Además, este autor reconoce que los problemas implicados en el requisito de causalidad residen no tanto en el ámbito normativo como en el real, constituyendo verdaderos problemas de verificación de hechos y de prueba¹⁰⁵⁹. De este modo sostiene Frisch que:

“...en caso de falta de relación causal, o de no ser manifiesta, no se llega a una perturbación cualificada de la paz jurídica, decayendo así la punición (en el delito imprudente) o la punición por consumación (en el delito doloso). Este trasfondo específico del requisito de la causalidad debería tenerse presente en la diferenciación de este requisito (parcial) de la imputación”¹⁰⁶⁰.

La necesidad de determinar la relación causal como sub-requisito de la imputación del resultado Frisch la fundamenta tanto en la función de prevención general como en la función legitimadora del resultado; al respecto sostiene:

“Tanto la función demostrativa, basada en criterios de prevención general, como la función legitimadora de la exigencia de que se haya producido un resultado imputable, requieren, así las cosas, que la

¹⁰⁵⁸ Infolgedessen ist die Lehre von Kausalzusammenhang (mindestens bei den hier zunächst allein zu erörternden Begehungsdelikten) das Fundament für jede Zurechnung zum objektiven Tatbestand. Erste Voraussetzung der Tatbestandserfüllung ist immer, dass der Täter den Erfolg verursacht hat. Mit der Kausalität eines Verhaltens für den tatbestandlichen Erfolg ist bei Vorliegen der übrigen geschriebenen Tatbestandsmerkmale der objektive Tatbestand aber noch nicht, wie man früher glaubte, allemal erfüllt. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 349.

¹⁰⁵⁹ FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 52; “La relación causal no es más que un sub-requisito (quizá, además, válido sólo para un sector) de la relación de realización entre el riesgo inherente a la acción y el resultado producido, exigible por ciertas consideraciones materiales”, pp. 55-56.

¹⁰⁶⁰ Daß es bei fehlendem wie bei nicht aufweisbarem kausalzusammenhang schon gar nicht zu einer qualifizierten Rechtsfriedensstörung kommt und damit eine Bestrafung (beim Fahrlässigkeitsdelikt) bzw. Eine Bestrafung wegen Vollendung (beim vorsätzlichen Delikt) ausscheidet. Dieser spezifische Hintergrund des Kausalerfordernisses sollte auch bei der Ausdifferenzierung dieses Zurechnungs(erfordernisses) im Auge behalten werden. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 521.

relación causal entre conducta y resultado esté científicamente asegurada; lo cual no se da cuando la regularidad causal dada por supuesta o la correspondiente relación no está reconocida (como tipo) en la disciplina de que se trate”¹⁰⁶¹.

Este autor reconoce los puntos débiles que presenta la fórmula de la *conditio* en la precisión de los resultados imputables. Como modo de resolver dicha flaqueza, propone una aplicación conjunta de las teorías de la *conditio* y de la condición conforme a la ley como institutos complementarios que filtran determinados resultados no imputables: a saber, los supuestos en los que el resultado producido “nada tiene que ver” con la conducta, careciendo por tanto ésta de trascendencia para la producción de aquel¹⁰⁶².

Jakobs, por su parte, relativiza la función de la causalidad en el marco de su teoría de la imputación. Para este autor la imputación objetiva no consiste la comprobación de la causalidad, sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante le incumbe lo que resulte del quebrantamiento de su garantía; y esto rige tanto para comisión como para la omisión¹⁰⁶³.

La determinación del juicio de imputación en Jakobs adquiere otras características, puesto que para este autor la perspectiva de la imputación implica un esquema social de interpretación derivado de la constitución de la sociedad, por medio del cual se vincula un comportamiento y un resultado (curso causal). No se trata de una comprensión exclusivamente individual. La razón de ser de la imputación no reside en la vinculación de una acción y un resultado, la perspectiva no es naturalística sino de lo que se trata es de la adscripción a determinados garantes.

Para Jakobs, la imputación de un hecho a través de criterios de causalidad es una respuesta naturalística insuficiente para comprender el fenómeno en la medida en que un suceso puede ser “causado” por un círculo indeterminado de personas y ello no implica que todos los sujetos intervinientes sean personas competentes (imputables). La causación sólo atañe al lado

¹⁰⁶¹Sowohl die generalpräventiv fundierte Demonstrations- als auch die Legitimationsfunktion des Erfordernisses eines eingetretenen zurechenbaren Erfolgs verlangen so gesehen, daß der eben herausgestellte kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg wissenschaftlich abgesichert ist – wovon solange keine Rede sein kann, solange die je zugrunde gelegte Gesetzmäßigkeit bzw. Der entsprechende Zusammenhang (als Typus) in der jeweils zuständigen Fachdisziplin nicht anerkannt ist. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 524.

¹⁰⁶²FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 523.

¹⁰⁶³La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para comisión como para la omisión. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 211.

cognitivo del suceso pero no aporta nada sobre su dimensión social. Según Jakobs, si cada sujeto, al momento, de actuar tuviese que tener en cuenta las posibles consecuencias causales de su actuar, la sociedad se paralizaría. En una sociedad configurada a través de contactos anónimos, las personas no se comunican entre sí en función de su individualidad sino que los contactos sociales se producen a partir de expectativas recíprocas vinculadas a roles¹⁰⁶⁴. Objeto de la imputación objetiva son las desviaciones de las expectativas que se refieren al portador de un rol. En otras palabras, la teoría de la imputación objetiva indaga sobre quién es el sujeto competente por el hecho sucedido.

Sin embargo, reconoce alguna función a la causalidad en los delitos de resultado. Para Jakobs, la causalidad es sólo condición mínima de la imputación objetiva del resultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado¹⁰⁶⁵.

“En particular los problemas de causalidad afectan en la práctica sólo a los delitos de resultado en sentido estricto. Bien es verdad que todo comportamiento penalmente relevante tiene un aspecto externo que puede exponerse como llegar a ser causal. Pero en general, en un delito que se consuma ya con la ejecución de determinada conducta, hablar de relación causal puede inducir a confusión: La ejecución es causada por el sujeto, si es que se trata de una acción (y no, p. ej., forzada mediante vis absoluta)”¹⁰⁶⁶.

La explicación del fenómeno a través de la causalidad, es decir de la conexión entre riesgo y resultado, es válida en la medida en que de los diversos riesgos intervinientes sólo uno de ellos se presente como condición del curso causal. Sin embargo, este modelo de explicación se torna insuficiente cuando concurren varios riesgos, todos ellos susceptibles de producir el resultado¹⁰⁶⁷.

Puesto que el tipo penal de los delitos de resultado sólo menciona la causación de un resultado, surge la necesidad de determinar criterios generales de imputación tendientes a establecer quién es el sujeto competente por el hecho producido.

¹⁰⁶⁴JAKOBS, Günther: “La imputación objetiva en el Derecho penal”, p. 21.

¹⁰⁶⁵JAKOBS, Günther: „Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch“, p. 184.

¹⁰⁶⁶Insbesondere betreffen Kausalitätsprobleme praktisch nur Erfolgsdelikte im engeren Sinn (...) Zwar hat jedes strafrechtlich relevante Verhalten einer Außenseite und damit etwas, das vom Täter bewirkt wird. Auch die Produktion dieser Außenseite läßt sich als Kausalwerden darstellen. In aller Regel ist freilich bei einem Delikt, das schon mit dem Vollzug eines bestimmten Verhaltens vollendet ist, die Rede von einem Kausalzusammenhang verwirrend: Der Vollzug ist vom Subjekt verursacht, wenn er überhaupt Handlung ist (und nicht etwa durch vis absoluta erzwungen). JAKOBS, Günther: AT, p. 184.

¹⁰⁶⁷JAKOBS, Günther: IO, p. 106.

3. La realización del riesgo como regla general de imputación.

A grandes rasgos los defensores de la teoría de la imputación objetiva concuerdan en que, para poder atribuir un resultado a un sujeto como su obra, el mismo debe ser la realización de la acción jurídicamente desaprobada, es decir, el resultado debe ser la consecuencia del riesgo no tolerado generado por la acción y no un riesgo de naturaleza diversa.

Roxin sostiene que el resultado debe ser la realización del riesgo no permitido generado por la acción¹⁰⁶⁸. En función de ello, no puede ser imputado un resultado, no obstante el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, si dicho resultado no es la plasmación del riesgo no permitido sino que sólo existe una conexión causal entre ambos.¹⁰⁶⁹

Para Frisch, en cambio, para que sea posible la imputación del resultado, más allá de la relación causal en sentido natural entre acción y resultado, éste debe ser entendido en sentido normativo-funcional como “la realización del riesgo en virtud del cual estaba prohibida la conducta” porque solamente de esta manera evidencia el resultado producido la creación de riesgo desaprobada específica propia de la acción y, por ende, lo disvalioso de tal acción¹⁰⁷⁰.

La verificación de la realización del riesgo tal como es presentada por Frisch, se confirma afirmando que el resultado es la plasmación de la conducta prohibida, con arreglo a lo cual será decisivo si la conducta desaprobada, o la relación no permitida que la caracteriza, es necesaria para explicar el resultado producido¹⁰⁷¹.

Para Jakobs, el hecho que la conducta genere un riesgo no permitido, no es condición suficiente para imputar el suceso al sujeto que quebrantó su rol¹⁰⁷², puesto que en el ámbito de

¹⁰⁶⁸Ya en 1931 ENGLISCH había propuesto a la realización del riesgo (*Verwirklichung der Gefahr*) junto a la causalidad como elementos del tipo penal. ENGLISCH, Karl: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1. Auflage, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 68.

¹⁰⁶⁹ROXIN, Claus: AT, B I., p. 384; por el contrario, son despreciables las desviaciones causales y por tanto hay que imputar el resultado si la acción de la tentativa ha aumentado el riesgo del curso causal subsiguiente de modo jurídicamente relevante y por tanto el resultado es una realización adecuada del riesgo creado por la tentativa. Así sucede en el conocido caso en que un sujeto quiere arrojar al agua desde un puente elevado a una persona que no sabe nadar para que se ahogue, pero ésta se estrella y se desnuca contra la base de un pilar del puente. Ese peligro estaba de antemano unido a la caída desde el puente; y por tanto el resultado no es casual y pese a la desviación causal debe imputársele al autor como acción de homicidio consumada. Lo mismo sucede si alguien quiere matar a otro con un hacha, pero éste no muere de los hachazos, sino por una infección de las heridas provocada por aquéllos (RGSt 70, 258). AT, B I., p. 385.

¹⁰⁷⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 525.

¹⁰⁷¹En este caso, la realización del riesgo desaprobado y consiguientemente imputación del resultado. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 527.

¹⁰⁷²JAKOBS, Günther: IO, p. 101.

los delitos de resultados hay que determinar, además, “cuándo la producción de un resultado típico obedece a la conducta no permitida del autor y cuándo es consecuencia de un riesgo diverso”¹⁰⁷³.

En su modelo de comprensión, la realización del riesgo no es más que una especificación de la causalidad. En caso de faltar la realización del riesgo, falta ya la relevancia jurídica de la causalidad existente: “Si falta la realización del riesgo entonces también falta la causalidad relevante”¹⁰⁷⁴.

4. La exclusión de la imputación del resultado.

No es objeto de este apartado analizar los diversos supuestos de exclusión de la imputación del resultado en particular. Aquí nos concentraremos en el supuesto general de exclusión de la imputación del resultado, es decir en aquellos supuestos en que en el resultado se realiza un riesgo diverso al generado por la acción en principio desaprobada. Estos supuestos interesan especialmente en caso de delitos dolosos, puesto que al no realizarse el resultado, la acción generadora del riesgo jurídicamente desaprobado sólo puede ser imputada como acto de tentativa¹⁰⁷⁵.

El ejemplo más conocido en este ámbito es el caso en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere por consecuencia de las lesiones proferidas sino como consecuencia de un incendio producido en el hospital. Si bien la acción de lesión es causal en términos naturales de la muerte en el hospital (si hacemos uso de la fórmula de la supresión, el resultado de muerte no se hubiese producido), Roxin niega en estos casos la imputación del resultado, dado que el mismo no es la realización del riesgo desaprobado generado por la acción, sino consecuencia de un riesgo de naturaleza diversa¹⁰⁷⁶.

Frisch resuelve estos casos negando la imputación del resultado a través de la no realización del segundo sub-requisito de la imputación del resultado, a saber, la relación de realización conforme a la cual en el resultado debe materializarse precisamente el riesgo en virtud del cual está prohibido el comportamiento. De esta manera, los resultados materiales que no se

¹⁰⁷³JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso y ‘principio de confianza’”, p. 210.

¹⁰⁷⁴Fehlt die Risikoverwirklichung, so fehlt die relevante Kausalität. JAKOBS, Günther: „Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht“, p. 60.

¹⁰⁷⁵ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 384.

¹⁰⁷⁶ROXIN, Claus: AT, B. I, pp. 384-385; pp. 388-389.

puedan conceptuar como realización del riesgo típico desaprobado creado por el autor, quedan excluidos como resultado típico imputable al (obrar del) autor¹⁰⁷⁷. Al respecto sostiene:

“la producción del resultado debe presentarse, en este sentido, como realización del riesgo desaprobado. La imputabilidad del resultado decae, así, cuando el resultado no es la realización del riesgo desaprobado, sino de un riesgo tolerado, p. ej., en caso de “agotamiento” del riesgo desaprobado, de riesgo general de la vida, o, si se hubiera producido hipotéticamente el resultado también de haberse llevado a cabo el comportamiento cuidadoso, del carácter permitido de determinadas actividades con carácter absoluto (p. ej., en la circulación rodada)”¹⁰⁷⁸.

Jakobs, por su parte, considera que la no imputación del resultado, pese al quebrantamiento del rol por parte del actuante, puede deberse a que el resultado sea comprendido como comportamiento no permitido de un tercero o por la infracción de los deberes de autoprotección de la víctima. También cabe, a partir de una respuesta de naturaleza cognitiva, la atribución del hecho a la víctima en tanto desgracia.

En el ejemplo de la muerte en el hospital, Jakobs lo resuelve a través de la diferenciación entre “daños planificables” y “daños no planificables”, considerándolo un riesgo general de la vida. Según él, el autor, al generar un riesgo no permitido con su conducta, establece una doble relación con la víctima. La primera relación se configura en la medida en que el autor impone su ámbito de organización a la víctima obligándola a soportar un riesgo susceptible de convertirse en daño. El segundo modo de relación reside en que el autor con su intervención varía el riesgo general de la vida que la víctima soporta, es decir, el ámbito no planificable de los sucesos afortunados y desafortunados. Como en este ámbito no es posible la planificación de las consecuencias, la defraudación de las expectativas por el autor no debe ser tenida como no permitida¹⁰⁷⁹. De este modo, en el caso del hospital, el hecho no permitido de lesionar a la víctima no fundamenta la imputación del resultado de muerte producto del incendio del hospital (riesgo general de la vida) dado que la víctima tiene que soportar estos riesgos unidos al modo de vida obligado, que no exceden de lo usual. La regla general es que el riesgo

¹⁰⁷⁷FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 520.

¹⁰⁷⁸Der Erfolgseintritt muß sich in diesem Sinne als Realisierung des mißbilligten Risikos darstellen. Die Zurechnungsbarkeit des Erfolgs entfällt danach, wenn der Erfolg nicht die Realisierung des mißbilligten, sondern eines tolerierten Risikos ist – etwa, im Falle der „Erschöpfung“ des mißbilligten Risikos, eines allgemeinen Lebensrisikos oder, bei Erfolgseintritt auch im Fall hypotetisch sorgfaltsgemäßen Verhaltens, der Zulassung bestimmter Tätigkeiten (z. B. Im Straßenverkehr) überhaupt. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 55.

¹⁰⁷⁹JAKOBS, Günther: IO, pp. 110-111.

general de la vida de la víctima (*allgemeines Lebensrisiko des Opfers*) no constituye un riesgo no permitido de hecho del autor¹⁰⁸⁰.

Igual solución encuentran, los diversos autores analizados, a los casos en que la acción riesgosa no influye en la producción del resultado (v.gr. el caso de los pelos de cabra), los casos en los cuales al momento de producirse el resultado el autor ya se comportaba conforme a derecho, o bien los casos en que la realización del resultado es tan extravagante que ya no se considerada como realización del riesgo desaprobado¹⁰⁸¹.

5. La problemática de los cursos causales hipotéticos.

En este apartado trataremos aquellos casos en los cuales se discute la imputación o no del resultado cuando, conforme a un curso causal hipotético de una conducta conforme a derecho, se hubiese producido el mismo resultado. De lo que se trata, con otras palabras, es si en estos casos hay que dejar de lado la comprobada relación entre la conducta generadora de un riesgo desaprobado y el resultado prohibido porque, conforme a un curso causal de naturaleza ideal, el resultado de todas maneras se hubiese producido o, por el contrario, los cursos causales hipotéticos no cumplen ninguna función dentro de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

Roxin trata esta problemática en ocasión del análisis de su primer requisito de imputación, es decir dentro de la creación de un riesgo no permitido, sosteniendo que los mismos son irrelevantes para la causalidad¹⁰⁸².

En primer lugar, se acoge a la postura de Samson negando función alguna a los cursos causales hipotéticos en caso de autor sustitutivo, es decir en aquellos supuestos en que, en caso de fallar el agente, hubiese un autor sustitutivo dispuesto a hacerlo fundamentando que el derecho no puede retirar la prohibición porque de todas maneras un tercero también estaría dispuesto a infringirlas¹⁰⁸³. Principio que hace extensivo a los supuestos en que el autor

¹⁰⁸⁰JAKOBS, Günther: AT, pp. 227-228.

¹⁰⁸¹ROXIN, Claus: „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, pp. 139-140.

¹⁰⁸²ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 379.

¹⁰⁸³Veáse SAMSON, Erich: „Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe“, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1972, pp. 137-138. En idéntico sentido se pronuncia RUDOLPHI cuando sostiene que allí donde el curso causal hipotético se fundamenta en una conducta antijurídica de un tercero (...) el ordenamiento jurídico no puede suspender sus normas para un autor, sólo porque otros estén así mismo dispuestos a violarlas. Por el contrario, para alcanzar la protección deseada de los bienes jurídicos, están obligados tanto el primer autor como el autor suplente a omitir aquí las acciones

sustitutivo hubiese actuado conforme a derecho, citando el ejemplo de que habría que condenar por homicidio al que en tanto persona privada mata al condenado a muerte, echando a un lado al verdugo y poniendo él en funcionamiento la silla eléctrica¹⁰⁸⁴.

Roxin adopta el principio de intensificación (*Intensivierungsprinzip*) conforme al cual son imputables las modificaciones de las causalidades naturales si, con ello, solamente el daño se aumenta o se anticipa en el tiempo¹⁰⁸⁵.

Sin embargo, Roxin niega la imputación cuando el autor sólo modifica una causalidad natural sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto¹⁰⁸⁶. Bajo este supuesto reproduce el ejemplo de Samson de la locomotora¹⁰⁸⁷. Al tratar la exclusión de la imputación del resultado, aplica la misma solución considerando que si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, no es posible imputar el resultado. Es decir, en aquellos supuestos en que exista certeza que el resultado hubiese sido el mismo si la conducta hubiese sido conforme a derecho¹⁰⁸⁸ (v.gr. el caso de los pelos de cabra) niega la imputación considerando que la acción riesgosa no influye en la concreta configuración del resultado.

Por último, Roxin considera que cuando ya no existe una mera modificación (intensificación del riesgo) sino una sustitución de una causalidad natural por una actuación humana, ella constituye una acción lesiva autónoma. En estos casos el ordenamiento jurídico debería

causantes del resultado. Por lo tanto, el resultado en estos casos se debe imputar al autor sin consideración del autor suplente ya existente. RUDOLPHI, Hans-Joachim: „Kausalität und objektive Zurechnung“, p. 24.

¹⁰⁸⁴ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 380.

¹⁰⁸⁵ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 380; Damit zeigt sich, dass das Intensivierungsprinzip im Grundsatz beibehalten ist, dass jedoch der Begriff der Rechtgutsverschlechterung einer Modifizierung bedarf, die sich aus der Aufgabe und dem spezifischen Funktionsmechanismus der Normen ergibt. Der Täter hat die Lage des Rechtsgutes nicht erst dann verschlechtert, wenn diese Lage ohne seine Handlung eine bessere gewesen wäre, sondern schon dann, wenn dieser Effekt eingetreten wäre, sofern er und alle anderen zum Schutz desselben Gutes verpflichteten Rechtsgenossen sich normgemäß verhalten hätten. SAMSON, Erich: Ob. Cit., p. 139.

¹⁰⁸⁶ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 380; en sentido similar RUDOLPHI sostiene que “No se le pueden imputar objetivamente al autor un resultado concreto causado por él, cuando este resultado se hubiese realizado al mismo tiempo aun sin la conducta; es decir, cuando dicho autor en ninguna forma ha empeorado con su comportamiento la situación del bien jurídico protegido”. RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 24.

¹⁰⁸⁷F circula con una locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña de tal modo que F ya no puede frenar a tiempo y se va estrellar contra las rocas. A cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda hacia la derecha que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar. SAMSON, Erich: Ob. Cit. p. 98.

¹⁰⁸⁸ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 387.

aferrarse al principio de que los daños a bienes jurídicos son punibles en la medida en que no se encuentre inmerso bajo una causal de justificación¹⁰⁸⁹.

En el esquema de Frisch, el concepto de la realización del riesgo como requisito de la imputación del resultado no es un concepto naturalístico, sino de naturaleza normativa, extraído de la razón de ser de la exigencia de resultado¹⁰⁹⁰. La doctrina de la imputación objetiva tiene que formular los requisitos de la relación entre acción y resultado que necesariamente han de darse para que se realice la razón de ser del requisito del resultado¹⁰⁹¹. El resultado no importa como dato naturalístico sino solamente en términos normativos y por ende,

“no sólo hay que tener en cuenta en la imputación si la conducta del autor representa en su conjunto una creación de riesgo desaprobada y este riesgo “total” se ha realizado –naturalísticamente– en el resultado: si se habría llegado al mismo resultado observando las condiciones del riesgo permitido, o, con más precisión: si, manteniendo el riesgo permitido, se habría evitado (planificadamente) la producción del resultado. Al menos si cabe decir que el resultado también se habría producido aun llevando a cabo la acción de forma lícita (el llamado comportamiento alternativo conforme a Derecho), o más precisamente: si con la conducta conforme a Derecho no se le habría evitado (planificadamente), entonces no puede imputarse el resultado al autor.”¹⁰⁹²

Desde el punto de vista normativo, en los casos de conducta alternativa conforme a derecho, no cabe hablar de la realización del riesgo desaprobado de la acción, sino de un riesgo permitido. Estos casos ya no pueden ser evitados observando la norma de conducta, y por ello, constituyen el reverso del riesgo permitido que da por sentado la norma.

En resumen, para Frisch en los casos de comportamiento alternativo, conforme decae el fundamento de la punición solamente en los casos en que la realización hipotética conforme a derecho del tipo efectivamente realizado por el autor hubiese arrojado el mismo resultado. En estos casos falta ya el disvalor de la conducta, la norma es incapaz de evitar dicho resultado, por medio del fracaso de la evitabilidad planificada de las consecuencias, observando las

¹⁰⁸⁹ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 381.

¹⁰⁹⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 529-530.

¹⁰⁹¹FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 511.

¹⁰⁹²In Fällen dieser Art darf bei der Zurechnung nicht nur darauf gesehen werden, ob das Verhalten des Täters insgesamt eine mißbilligte Risikoschaffung darstellt und dieses mißbilligte „Gesamt“-Risiko sich – natürlich – im Erfolg realisiert hat. Zu berücksichtigen ist vielmehr stets auch ein hypothetisches Moment: ob es zu demselben Erfolg auch bei Einhaltung der Bedingungen des erlaubten Risikos gekommen wäre, oder genauer: ob sich der Erfolgseintritt bei Einhaltung des erlaubten Risikos (planmäßig) hätte vermeiden lassen. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 530.

condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para este tipo de conductas, y el resultado ya no se entenderá como obra de hecho ilícito, sino como consecuencia inevitable del tipo de acción jurídicamente permitido, llevado a cabo por el autor¹⁰⁹³.

Jakobs no tiene en cuenta la fórmula hipotética del comportamiento alternativo conforme a derecho que reza que no se ha realizado un riesgo permitido cuando el resultado también se habría producido de haber sido permitido el comportamiento del autor¹⁰⁹⁴. La misma no constituye más que un instrumento auxiliar metódico¹⁰⁹⁵. Por su parte considera que “el que se realice o no un riesgo no depende de lo que habría ocurrido sin este riesgo, sino de lo que habría ocurrido con él”¹⁰⁹⁶. Jakobs sostiene que:

“Las garantías normativas siempre se mantienen y no desaparecen por el hecho de que haya que tener en cuenta la posibilidad de que sean infringidas, pues con base a estas garantías es posible orientarse aunque quepa prescindir una lesión. Se trata, por tanto, de la simple afirmación de que ningún comportamiento desaprobado o que infringe un deber de autoprotección, debe definirse como inocuo simplemente porque el daño se habría producido a causa de otro comportamiento no permitido o contrario a un deber de autoprotección. Dicho en otros extremos: después de haber cometido un homicidio nadie puede invocar como causa de exoneración que de no haberlo cometido él el delito lo hubiese cometido otra persona”¹⁰⁹⁷.

Las garantías normativas deben mantenerse dado que “no hay principio que diga que un bien cuya existencia está de todos modos amenazada ya no se encuentra normativamente garantizado”¹⁰⁹⁸. Sin embargo, cuando el comportamiento debido fuese inidóneo para evitar el resultado, la no imputación de las consecuencias no se fundamenta en un juicio hipotético sino recurriendo a una explicación meramente cognitiva a través de la imputación de las consecuencias como desgracia de la víctima¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 535.

¹⁰⁹⁴Respecto del comportamiento alternativo conforme a Derecho, JAKOBS entiende que no resulta comprensible como una relación real que puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión a una hipótesis. JAKOBS, Günther: IO, p. 112.

¹⁰⁹⁵JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 53.

¹⁰⁹⁶JAKOBS, Günther: AT, p. 224

¹⁰⁹⁷JAKOBS, Günther: IO, pp. 118-119; en sentido similar se pronuncia en *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 40.

¹⁰⁹⁸Es gibt keinen Satz des Inhalts, ein sowieso in seinem Bestand gefährdetes Gut sei nicht mehr normativ garantiert. JAKOBS, Günther: AT, p. 233.

¹⁰⁹⁹JAKOBS, Günther: IO, p. 119.

6. La teoría del incremento del riesgo (*die Risikoerhöhungstheorie*).

Respecto de los casos en que con seguridad el resultado se hubiese producido de igual manera aun si el autor se hubiese comportado correctamente, todos ellos concuerdan en no considerar el resultado como realización de la acción riesgosa, puesto que ella no influye en la concreta configuración de aquel. Sin embargo, cuando se pasa de la certeza a la posibilidad, las interpretaciones varían. Es en este punto quizás donde los autores objeto de análisis presentan mayores discrepancias en torno a la imputación o no del resultado. Se trata de aquellos casos en que no existe absoluta certeza, sino solo una probabilidad que de conformidad a una conducta alternativa conforme a derecho el resultado hubiese sido evitado. Estos supuestos son analizados bajo la conocida teoría del incremento del riesgo (*die Risikoerhöhungstheorie*).

El ejemplo más conocido en este ámbito es el caso del ciclista (BGHSt 11, 1) conforme al cual el conductor de un camión adelanta a un ciclista no observando la distancia requerida. Al efectuar dicho adelantamiento, el ciclista, que estaba fuertemente alcoholizado, gira su bicicleta hacia la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente el accidente también hubiese acaecido si el conductor del camión hubiese guardado la distancia de separación lateral requerida por las normas de circulación¹¹⁰⁰.

6.1 La propuesta de Roxin.

Si pudiese comprobar con exactitud que, aun observando las normas de separación lateral en el adelantamiento, el resultado igualmente se hubiese producido, Roxin negaría la imputación, puesto que se trataría de un riesgo permitido y por ende, no imputable; pero si el autor violó las normas de circulación exigidas, ha generado con ello un riesgo no permitido y conforme a su postura, el resultado le debe ser imputado al autor puesto que todo incremento del riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor.¹¹⁰¹

La teoría del incremento del riesgo (*die Risikoerhöhungstheorie*) fue desarrollada por Roxin incluso antes del desarrollo sistemático de la teoría de la imputación objetiva, afirmando en

¹¹⁰⁰ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 392.

¹¹⁰¹No hay aumento del riesgo, no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia, debe ser absuelto. ROXIN, Claus: „Plichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigen Delikten“, p. 432; AT, B. I, pp. 392-393.

estos casos la necesidad de imputar el resultado en aquellos casos en que la conducta incrementa el riesgo de producción del resultado¹¹⁰². En dicha oportunidad Roxin sostiene:

“Sería totalmente desacertado suponer que la producción del resultado mediante una acción que implica un riesgo superior, que ya no está autorizado, habría que quedar impune sólo porque quizás también se hubiera producido el resultado en caso contrario. Lo que en un caso el legislador deja impune en atención a las necesidades generales del tráfico, ya no tiene por qué admitirlo si se rebasan, con el consiguiente aumento del peligro, los límites por él marcados. El riesgo permitido es siempre el producto de una ponderación entre las exigencias del tráfico y los intereses de protección de los individuos. El incremento del peligro que aún se toleraba hace que la balanza se incline a favor de la protección de bienes jurídicos y que resulte imprudente una producción del resultado a la que en otro caso no hubiera habido nada que objetar”¹¹⁰³.

En su *Lehrbuch* Roxin sigue sosteniendo la necesidad de imputación en los casos de incremento del riesgo rechazando la opinión contraria, sostenida por el BGH, de resolver estos casos negando la imputación a través de la aplicación del principio *in dubio pro reo* y sostiene que la teoría del incremento del riesgo transforma a los delitos de resultado en delitos de peligro.

¹¹⁰²En sentido similar RUDOLPHI sostiene que la acción contraria a deber, a causa de su elevada peligrosidad, efectivamente ha conducido a un peligro del bien jurídico protegido que sobrepasa en gran manera la medida del riesgo permitido; así, el resultado también debe imputarse cuando él hubiese tenido lugar posible o aun probablemente en caso de un actuar del actor conforme a deber. Pues en este caso el peligro creado, contrario a derecho, se ha concretado precisamente en la realización del resultado. RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 28. Fundado en otros argumentos pero defendiendo también la teoría del incremento del riesgo, SCHÜNEMANN sostiene que “las normas que no excluyen el riesgo de la producción del resultado en un cierto por ciento, sino que solamente lo reducen, también son apropiadas desde un punto de vista político criminal. Sólo la existencia del riesgo permitido demuestra que los deberes de cuidado nunca poseen como objetivo impedir la producción del resultado en un ciento por ciento, sino que sólo intentan reducir considerablemente el riesgo de producción del resultado. Si se reformula de este modo la teoría del incremento del riesgo normativamente, resulta claramente que el reproche de que se está infringiendo el principio *in dubio pro reo* es incorrecto. Al analizar si la norma de cuidado se manifiesta como apropiada aun también bajo la consideración *ex post*, se trata justamente de la cuestión acerca de si debe ser instalada una especie de cinturón de seguridad mediante la norma de cuidado, por los detalles del curso del suceso que no pueden ser esclarecidos (...) la teoría del incremento del riesgo acierta justamente en el nexo entre conducta y resultado que sólo es y puede ser requerido en un derecho penal moderno que reconoce el riesgo permitido. Por esta razón, ella es la expresión espacialmente clara de los principios generales de imputación objetiva, y no corresponde la crítica que se le formula.” SCHÜNEMANN, Bernd: „Über die objektive Zurechnung“, pp. 226-227.

¹¹⁰³Es wäre aber ganz unrichtig anzunehmen, daß die Erfolgsbewirkung durch eine Handlung, die ein höheres, nicht mehr gestattetes Risiko in sich birgt, nur deshalb straflos sein sollte, weil der Erfolg vielleicht auch sonst eingetreten wäre. Was der Gesetzgeber im einen Falle um der allgemeiner Erdordenisse des Verkehrs willen ungeahndet läßt, braucht er bei einer gefahrsteigernden Überschreitung der von ihm gezogenen Grenze nicht mehr hinzunehmen. Das erlaubte Risiko ist immer das Produkt einer Abwägung zwischen den Verkehrerfordernissen und den individuellen Schutzbelangen. Die Erhöhung der gerade noch hingenommenen Gefahr läßt die Waagschale zugunsten des Rechtsgüterschutzes sinken und die Erfolgsherbeiführung, die sonst nicht hätte beanstandet werden dürfen, als fahrlässig erscheinen. ROXIN, Claus: ZStW 74 (1962), p. 433.

Al respecto Roxin defiende su solución a partir de dos argumentos utilizados para criticar su teoría. Conforme al primero de ellos sostiene que:

“...no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún no era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio de *in dubio pro reo*”¹¹⁰⁴

Según Roxin, la imposibilidad de dividir el riesgo en un *quantum* permitido y en otro no permitido es algo que se deduce necesariamente del fin de protección de la norma de cuidado, considerando además que el legislador tiene que insistir también en el cumplimiento de la norma de cuidado en aquellos casos en donde su observancia aumenta de manera cierta la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, aunque no la garantice con absoluta seguridad¹¹⁰⁵.

Tampoco acepta Roxin que su teoría transforme los delitos de resultado en figuras de peligro. La diferencia entre ambas modalidades delictivas radica en que en los primeros se realiza en un resultado lesivo típico, mientras que en los segundos sólo se realiza en un resultado de puesta en peligro. En los casos de incremento del riesgo existe incremento del riesgo que se ha realizado en un resultado lesivo típico, por ende se trata de delitos de resultado y no de delitos de peligro¹¹⁰⁶.

Respecto a la determinación si concurre o no un incremento del riesgo, Roxin recurre a la perspectiva *ex post*, conforme a la cual deben ser tenidas en cuenta todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas¹¹⁰⁷. Sobre esta base se debe determinar si la

¹¹⁰⁴Das ist unrichtig, weil man ein Risiko nicht in einen erlaubten und einen unerlaubten Teil spalten und für jeden gesondert die Gefahrverwirklichung ermitteln darf. Wenn der Täter das erlaubte Risiko überschreitet und dadurch die gerade noch tolerierbare Gefahr weiter erhöht, schafft er ein im Ganzen schlechthin verbotenes Risiko. Dieses insgesamt verbotene Risiko verwirklicht sich auch, wenn der Erfolg eintritt. Daran besteht keinerlei Zweifel, so dass der Grundsatz *dubio pro reo* kein Anwendungsgebiet hat. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 393.

¹¹⁰⁵ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 393; en idéntico sentido RUDOLPHI sostiene que no es posible separar el peligro en una parte permitida y en otra no permitida, y por esto negar la imputación del resultado con el argumento de que no está determinado si la producción del resultado se ha concretado ya por la parte permitida o por la parte no permitida del peligro causado. RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 28.

¹¹⁰⁶ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 395.

¹¹⁰⁷V.gr. la embriaguez del ciclista, la distancia exacta de separación, o la velocidad del camión. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 395.

observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro de producción del resultado o hubiese aumentado las posibilidades de salvaguardar el bien jurídico. De esta manera:

“hay que enjuiciar el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que examinar si la norma formulada ex ante, operando también sobre la base del conocimiento ex post, puede seguir siendo reconocida como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado (y en ese caso, imputación del resultado) o si, partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece *in concreto* inidónea o al menos impracticable (y en tal caso habrá imputación del resultado)”¹¹⁰⁸.

6. 2 El punto de vista de Frisch.

Frisch no considera viable una protección amplia del bien jurídico, sino por el contrario, tanto la perspectiva de la norma de conducta como la perspectiva de la norma de sanción, conducen a una limitación de la protección de los bienes jurídicos mediante la pena.

Frisch se pronuncia en contra de la llamada teoría del incremento del riesgo sosteniendo que así como existen supuestos en los que una leve imprudencia produce un notable incremento desde la perspectiva *ex post*, también existen supuestos en los que gravísimas infracciones del deber no empeoran la perspectiva de la víctima. De esta manera:

“el intento de captar casos de las infracciones de deber más graves con la teoría del incremento del riesgo constituye, ya como planteamiento, una tentativa inidónea y sumamente imprecisa. Quien persiga la captación jurídico-penal de tales infracciones de deber tiene que buscar la solución al margen de los delitos de resultado, p. ej. en un delito de infracción de deber de garante. La estrategia opuesta corre el peligro de sacrificar limitaciones de punibilidad en general razonables en aras de satisfacer ciertas necesidades de punición muy circunscriptas”¹¹⁰⁹.

Como vemos, este autor considera que aceptar la teoría del incremento del riesgo implica dejar de lado la función limitativa del resultado (a través de la relación de realización) y, por tanto, significa convertir dichos delitos en figuras de peligro.

¹¹⁰⁸Dabei ist die Risikoerhöhung nach normativen Maßstäben zu beurteilen, d.h., es ist zu „prüfen, ob die ex ante formulierte Norm auch auf der Grundlage de ex-post-Wissens noch als sinnvolles, das Erfolgsrisiko reduzierendes Verbot anerkannt werden kann (dann Erfolgszurechnung), oder ob si von dem neuen Kenntnisstande aus als in concreto untauglich oder zumindest untunlich erscheint (dann keine Erfolgszurechnung). ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 395.

¹¹⁰⁹Der Versuch, Fälle größter Pflichtverletzung mit der Risikoerhöhungslehre zu fassen, ist schon im Ansatz ein untauglicher und höchst unpräziser Versuch. Wer um die strafrechtliche Erfassung solcher Pflichtverstöße bemüht ist, muß die Lösung außerhalb der Erfolgsdelikte suchen – etwa in einem Pflichtdelikt bestimmter Garanten. Die entgegengesetzte Strategie läuft Gefahr, weithin sinnvolle Bestafungseinschränkungen um der Befriedigung gewisser sektoraler Bestrafungsbedürfnisse willen global preiszugeben. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 562.

6.3 La solución de Jakobs.

Este autor niega la imputación jurídico-penal en los casos de incremento del riesgo. Reconoce que la misma acarrea resultados admisibles al afirmar la responsabilidad en casos de comportamientos extremadamente arriesgados en los que hay sólo una posibilidad lejana de fundamentar la responsabilidad a través de otro riesgo. Sin embargo la mencionada teoría yerra cuando se trata tan sólo de riesgos moderados, en los cuales cabe la posibilidad de explicar el suceso a partir de otro riesgo.

Según Jakobs, lo que solapa la teoría del incremento del riesgo es fundamentar la responsabilidad en casos de tentativa imprudente acabada, que conforme al derecho (alemán) vigente, siempre son impunes cuando se ha producido un resultado que externamente encaja en los hechos, siendo el resultado una condición objetiva de punibilidad¹¹¹⁰.

El error de la teoría del incremento del riesgo yace en afirmar que un riesgo no puede fraccionarse en una parte permitida y en otra no permitida, sino por el contrario, el autor crea un riesgo prohibido en su conjunto: al haber superado el riesgo no permitido el mismo ya no es tolerable¹¹¹¹. Jakobs considera que en función del criterio antes mencionado cabría fundamentar la imputación de los riesgos generales de la vida (consecuencias no planificables de un comportamiento) puesto que el riesgo es “prohibido en conjunto”, lo que conllevaría a una aplicación del principio del “*versari in re illicita*”¹¹¹².

Por ello, la solución propuesta por Jakobs es acudir al principio de “*in dubio pro reo*”, negando la imputación del resultado, incluso en los casos de extrema falta de cuidado y resultado poco probable, la explicación a través de otro riesgo. La no imputación se fundamenta:

“...no porque no concurra un comportamiento jurídicamente desaprobado, sino porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento.”¹¹¹³

¹¹¹⁰Si los delitos imprudentes se convierten en delitos de peligro con un resultado a modo de condición objetiva de punibilidad, puede que haya argumentos que aboguen a favor de esta transformación, pero de realizarse debería llevarse a cabo de modo coherente, lo que significaría lo siguiente: lo que realmente haya sido objeto de prueba no debería jugar papel alguno. JAKOBS, Günther: IO, p. 123.

¹¹¹¹Véase ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 393; RUDOLPHI, Hans-Joachim: SK, p. 28.

¹¹¹²JAKOBS, Günther: IO, pp. 124-125.

¹¹¹³JAKOBS, Günther: IO, p.125.

7. Excurso: los daños secundarios y los resultados hipercondicionados en la teoría de Jakobs.

7.1 Daños secundarios.

Bajo este rótulo Jakobs aborda los casos en que la producción de un resultado lesivo coloca a la víctima en la situación de sufrir posteriores daños a causa de un comportamiento posterior de ella o de un tercero. Ejemplo clásico de este supuesto es el caso en la víctima queda inválida como consecuencia de un hecho delictivo y posteriormente sale a la calle, pese a su invalidez, y a causa de una helada cae¹¹¹⁴.

Según Jakobs, el principio general es que en la medida en que entre el primer comportamiento lesivo y el comportamiento ulterior medie una relación planificable, es tarea de la víctima organizar su vida teniendo en cuenta la existencia de la secuela del daño, sobre todo compensándola mediante medidas de protección¹¹¹⁵. También se excluye la imputación al autor cuando el primer comportamiento sólo modifique el riesgo general de la vida de la víctima¹¹¹⁶.

Sin embargo existen excepciones; el primer causante responderá por el resultado sobreviniente en la medida en que aquel sea competente por la situación desventajosa de la víctima. En estos casos la víctima actúa como instrumento, sólo en apariencia su actuar constituye una organización propia tratándose, en realidad, de una organización impuesta por el autor¹¹¹⁷.

Algo más dificultoso resulta para Jakobs la imputación del resultado cuando el segundo interviniente se ha comportado de manera defectuosa. En principio, el comportamiento defectuoso del segundo interviniente no exonera sin más al primer causante, pero el primer causante seguirá siendo responsable del daño sobreviniente sólo en la medida en que el segundo yerre sólo de una manera “incidental”. Sin embargo, el primer causante ya no responderá de los daños sobrevinientes si el segundo interviniente se aparta de su rol configurando un comportamiento “gravemente irracional”, es decir cuando el segundo

¹¹¹⁴JAKOBS, Günther: IO, p. 114.

¹¹¹⁵JAKOBS, Günther: AT, p. 229.

¹¹¹⁶JAKOBS, Günther: IO, p. 114

¹¹¹⁷Por ejemplo si la víctima que padece una enajenación mental, como consecuencia de la primera lesión, vaga durante el invierno por el bosque. JAKOBS, Günther: IO, p. 115.

interviniente actúa con ceguera ante los hechos o de manera dolosa¹¹¹⁸. Cabe aclarar que quien causa lesiones en segundo término no se exonera de responsabilidad por el hecho de que responda también el primer causante, ambos son competentes del riesgo¹¹¹⁹.

7.2 Los resultados hipercondicionados.

Jakobs sostiene que varios riesgos no pueden realizarse de manera conjunta, puesto que un resultado no puede ser condicionado más de una vez¹¹²⁰. Lo que sí es posible es que un mismo riesgo pueda ser dividido en varias partes, dado que se trata de ámbitos de responsabilidad diversos¹¹²¹.

Especial dificultad presentan los casos denominados por Jakobs “resultados hipercondicionados” (*überbendigte Erfolge*). Se trata de supuestos en los que existen múltiples condiciones de un riesgo resultando imposible determinar a nivel teórico cuáles de ellos son eficaces. Se trata de supuestos en los que fuerzas físicas o psíquicas, unidireccionalmente o contrapuestas, se entrelazan, dependiendo la causación del resultado de una cantidad mínima o máxima¹¹²². Es decir, cada uno de los riesgos permite aclarar sólo circunstancias concomitantes, pero no el curso causal conducente al resultado, y ello porque aún concurren otros riesgos¹¹²³. Estos supuestos se distinguen de los casos de participación, puesto que en estos últimos el resultado sólo está suficientemente condicionado cuando todos los participantes se comportan incorrectamente. En los supuestos de “resultados hipercondicionados”, por su parte, el resultado está suficientemente condicionado ya en caso de comportamiento defectuoso por uno solo de los participantes¹¹²⁴.

Como ejemplo de “resultados hipercondicionados” Jakobs describe el ejemplo del “ascensor”; se trata del caso en el que al introducirse una carga en la cabina del elevador, el cable del mismo se rompe, desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. Algunos cabos del cable estaban defectuosos; por lo tanto solamente soportaba una carga considerablemente

¹¹¹⁸JAKOBS recurre a un ejemplo muy aclaratorio: quien lesiona a otro crea de modo planificable el riesgo que inevitablemente comporta un tratamiento médico, y también forma parte de ese riesgo el que cualquier persona pueda incurrir en un error más o menos grave. Normalmente, sin embargo, nadie incluye en su planificación el que se vayan a realizar diagnósticos disparatados; de lo contrario, sólo cabría ir al médico tras adoptar medidas de protección. JAKOBS, Günther: IO, p. 116.

¹¹¹⁹JAKOBS, Günther: IO, p. 117.

¹¹²⁰JAKOBS, Günther: „Risikokonkurrenz- Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht“, p. 63.

¹¹²¹JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 64.

¹¹²²JAKOBS, Günther: FS-Lackner, pp. 64-65.

¹¹²³JAKOBS, Günther: AT, p. 230.

¹¹²⁴JAKOBS, Günther: AT, p. 231.

inferior a la carga máxima autorizada. La carga introducida era, sin embargo, considerablemente mayor a la permitida¹¹²⁵. En este supuesto, cada aporte se muestra por su lado como suficiente condición, por lo que la apelación al error de otro provoca un renvío sin fin¹¹²⁶. Además, el conocimiento del curso lesivo en estos casos sólo es posible de un modo ambiguo. Volviendo al ejemplo antes citado, mediante la experiencia se comprueba que el resultado también se hubiese producido de igual manera aunque la carga fuese de igual peso al máximo permitido.

La solución propuesta por Jakobs no es otra que apelar a la finalidad de la imputación jurídico-penal. Negar la imputación en estos casos, conllevaría privar a los bienes de su garantía normativa. Aunque tampoco es posible acumular los riesgos, haciendo a todos responsables del suceso puesto que si uno de ellos ya está completo antes que se cree el otro, pierden su sentido las normas tendientes a evitar el otro riesgo.

Según Jakobs, cuando ya no es posible diferenciar entre condiciones efectivas y no efectivas, tan sólo cabe una ordenación cuantitativa como criterio de ordenación adecuado. Lo que se debe determinar en estos casos es el paso de una cantidad no suficiente a cantidad suficiente. De concurrir una cantidad suficiente, todo lo que se añada con posterioridad es irrelevante¹¹²⁷.

Por ello, lo que se debe determinar en estos casos es cuál de los riesgos es que primero se concreta perfectamente, es decir, cuál es que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que le incumbe¹¹²⁸, puesto que cuando un riesgo idéntico ya no es influenciado mediante la observancia de la norma, tampoco pueden existir deberes de evitación de ese riesgo¹¹²⁹.

8. La realización del resultado: su determinación *ex post*.

Luego de haber analizado las diversas problemáticas a las que se enfrenta la teoría de la imputación objetiva en torno a la determinación del resultado, nos resta analizar la naturaleza del juicio conforme al cual se determina el resultado imputable. La hipótesis de la que hemos partido es que el resultado imputable, a diferencia del juicio de riesgo (la determinación de la conducta jurídicamente desaprobada) se determina conforme a un juicio de naturaleza *ex post*,

¹¹²⁵JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 66; AT, p. 230.

¹¹²⁶JAKOBS, Günther: SsZ, p. 42.

¹¹²⁷JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 68.

¹¹²⁸JAKOBS, Günther: AT, pp. 230-131.

¹¹²⁹JAKOBS, Günther: FS-Lackner, p. 69.

es decir, no se determina al momento de la realización de la acción sino al momento de valoración (juzgamiento) del hecho.

Roxin sostiene este punto de vista puesto que, con motivo de la teoría del incremento del riesgo, sostiene que la determinación del resultado se debe efectuar según un juicio *ex post*, conforme a la cual deben ser tenidas en cuenta todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas. Es decir, en virtud del conocimiento posterior al hecho se debe determinar si la prohibición *ex ante* de la norma sigue siendo prohibición con sentido, y en este caso se produce la imputación del resultado, o si teniendo en cuenta el nuevo estado de conocimientos, la misma parece *in concreto* inidónea o al menos impracticable¹¹³⁰.

Frisch es sin dudas quien deja más en claro esta distinción de perspectivas, ya que desde el inicio plantea la dualidad entre comportamiento típico e imputación del resultado como dos ámbitos diversos en los cuales operan normas diversas. En el ámbito del comportamiento típico opera la norma de conducta desde la perspectiva *ex ante*, en la imputación del resultado, por su parte, la norma de sanción limita las consecuencias atribuibles al autor desde la perspectiva *ex post*. Ambas operaciones son fundamentales, la primera a los fines de determinar la conducta prohibida, la segunda porque, teniendo en cuenta el concreto material jurídicamente relevante, permite recortar adecuadamente la norma del caso o formular valoraciones adecuadas del mismo¹¹³¹.

¹¹³⁰ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 395; al respecto SCHÜNEMANN sostiene que la comprobación de la infracción del deber objetivo de cuidado se agrega como otro paso de análisis de la imputación objetiva, que es realizado considerando todas las circunstancias que fueron conocidas *ex post*. La imputación objetiva será afirmada cuando la norma de cuidado infringida, considerando también todos los hechos conocidos posteriormente, debe ser calificada aun como una medida razonable político-criminalmente para impedir ese resultado. Aquí no importa si ello fue conocido o reconocible por el autor, de modo tal que la imputación objetiva será analizada *ex post* exclusivamente desde la perspectiva del juez que valora el caso. De esta manera, se desvanece irresolublemente la cuestión severamente debatida en la dogmática alemana acerca de si la realización del riesgo no permitido debe ser valorada *ex ante* o *ex post*, y desde la perspectiva del autor o de un observador óptimo. SCHÜNEMANN, Bernd: GA, 1999, p. 217-218.

¹¹³¹FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 191; en sentido similar afirma que para el ciudadano, es importante saber si ha obrado de forma jurídicamente irreprochable o bien si ello no es así y simplemente no se le carga como obra suya el resultado acaecido, a pesar de su conducta errónea. Un Derecho penal que se limitara a responder la pregunta por la imputación del resultado no percibirá esta función de diferenciación entre conducta típica y conducta comprendida en el tipo. Ello no se adecua a un entendimiento del Derecho penal según el cual éste, mediante la imposición de la pena, ha de acompañar o afianzar representaciones y valoraciones (referidas a la conducta). En FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, pp. 233-234.

Para Frisch la misión de la imputación del resultado es la de limitar la intervención penal a un estrecho círculo de conductas típicas¹¹³². El juicio de determinación de las consecuencias imputables lo realiza el sujeto imputante (juez) ubicado desde la perspectiva *ex post* al hecho; mediante el mismo se debe determinar si en el resultado cabe entenderlo, en sentido normativo-funcional, como realización precisamente del riesgo en virtud del cual está prohibida la acción¹¹³³.

Jakobs también recurre a la determinación de la realización del riesgo a un juicio *ex post*, inverso al que se efectúa para determinar el riesgo no permitido. Al respecto sostiene:

“Un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo. Si no se necesita uno de estos datos, no se ha realizado la relación no permitida. El discernir si se necesita determinada información para aclarar un daño se sabe por experiencia o se aprende recabando experiencia. Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): Al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo. Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo”¹¹³⁴.

De esta manera, la realización del riesgo prohibido (*ex ante*) se determina retrospectivamente teniendo en cuenta si están vigentes o no las situaciones tenidas en cuenta al momento de determinar el riesgo no permitido.

9. Conclusiones.

Ninguno de los autores objeto de análisis sustituye la causalidad como presupuesto de la imputación del resultado. En este punto todos concuerdan que ella marca un límite máximo, trazando las fronteras de aquello que puede ser o no objeto de imputación. Incluso Jakobs, que conforme su teoría funcional de la explicación a partir de la causalidad, constituye una manera

¹¹³²FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 512.

¹¹³³FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 525.

¹¹³⁴Ein unerlaubtes Risiko verwirklicht sich dann, wenn man zur Erklärung des Schadens diejenigen Informationen vom Geschehen sämtlich benötigt, aus denen sich das Unerlaubte des Risikos ergibt. Benötigt man auch nur eine dieser Informationen nicht, hat sich die unerlaubte Beziehung nicht verwirklicht. Ob man eine bestimmte Information zur Erklärung eines Schadens benötigt, weiß man aus Erfahrung oder lernst man, indem man sich Erfahrung verschafft. Es handelt sich um die Umkehrung des Vorgangs bei der Bildung von (unerlaubten) Risiken: Wie die erfahrungsgemäße Gefährlichkeit eines Bedingungskomplexes dazu führt, diesen prospektiv als ein Risiko zu definieren, wird bei der Risikoverwirklichung der Erfolg retrospectiv mit dem Vorliegen des Risikos erklärt. Diejenigen, bei deren Eintritt sich das Risiko verwirklicht. JAKOBS, Günther: AT, p. 226.

naturalista de entender el mundo: sigue asignándole una función a la causalidad en la determinación del resultado.

En cuanto a las consecuencias en torno a la aplicación o no de los cursos causales hipotéticos, si bien los diversos autores analizados difieren en torno a los fundamentos para imputar o no la realización de resultados, todos arriban a la conclusión de que en aquellos casos en que observando las exigencias de la norma, es decir actuando de modo permitido, el resultado se hubiese producido de igual modo, no procede la imputación del resultado. Para Roxin, en estos supuestos la acción riesgosa no influye en la concreta configuración del resultado. Aunque hay que tener en cuenta que si la acción es considerada jurídicamente desaprobada, y el autor hubiese actuado de manera dolosa, cabría considerar el caso como un supuesto de tentativa inidónea. Solución que no resulta plausible desde el modelo de Frisch. Para este autor, si el resultado no puede evitarse observando la norma de conducta, lo que falta es el obrar ilícito del autor y, se trata de un riesgo permitido. Jakobs, por su parte, considera que en estos supuestos la no imputación de las consecuencias no se fundamenta en un juicio de naturaleza hipotética, sino recurriendo a una explicación meramente cognitiva a través de la imputación de las consecuencias a la víctima en cuanto “desgracia”.

En lo que respecta a la teoría del incremento del riesgo es donde los diversos autores analizados presentan mayores discrepancias. Roxin es el único que se inclina por la imputación del resultado fundando su solución en que toda creación de un riesgo jurídicamente desaprobado aumenta las chances de realización del resultado. Solución que, si bien puede ser argumentada desde el punto de vista dogmático, resulta inviable desde el punto de vista procesal, resultado, como lo ha dicho en su oportunidad el BGH contraria al principio *in dubio pro reo*. A esta solución se acoge Jakobs cuando se inclina por la no imputación, considerando que en estos casos no está probado que el resultado pueda ser atribuido a la conducta desaprobada. Frisch, por su parte, adopta la segunda crítica formulada contra ésta teoría, cuando sostiene que adoptar la teoría del incremento del riesgo implica dejar de lado la función limitativa del resultado y transformar dichos delitos de resultado en figuras de peligro.

Habiendo analizado los diversos problemas que atañen a la imputación del resultado, podemos concluir que en todos ellos la procedencia o no de la imputación de las consecuencias se produce conforme a un juicio de naturaleza *ex post*, es decir que el mismo

opera luego de la realización del resultado teniendo en consideración todos los datos conocidos con posterioridad al mismo.

10. Resumen.

- Según Roxin, la teoría de la imputación objetiva no sustituye a la causalidad natural, ni tampoco a las anteriores teorías de la causalidad (de la imputación) que preceden a la suya. Por el contrario, su modelo teórico constituye un complemento correctivo. La causación constituye un límite extremo de la posible imputación. Para Frisch, la relación causal constituye el primer ámbito parcial que, junto a la relación de realización, configura la teoría de la imputación del resultado. Según Jakobs, la imputación de un hecho a través de criterios de causalidad es una respuesta naturalística insuficiente para comprender el fenómeno. La causalidad es sólo condición mínima de la imputación objetiva en los delitos de resultado. Ella es válida en la medida en que, de los diversos riesgos intervinientes, sólo uno de ellos se presente como condición del curso causal.
- Los autores analizados concuerdan en que, para poder atribuir un resultado a un sujeto como su obra, el mismo debe ser la realización de la acción jurídicamente desaprobada, es decir, el resultado debe ser la consecuencia del riesgo no tolerado generado por la acción y no un riesgo de naturaleza diversa. Roxin sostiene que el resultado debe ser la realización del riesgo no permitido generado por la acción. Según Frisch, para que sea posible la imputación del resultado, más allá de la relación causal en sentido natural entre acción y resultado, éste debe ser entendido en sentido normativo-funcional como la realización del riesgo en virtud del cual estaba prohibida la conducta. Para Jakobs, el hecho de que la conducta genere un riesgo no permitido no es condición suficiente para imputar el suceso al sujeto que quebrantó su rol, puesto que en el ámbito de los delitos de resultados hay que determinar, además, cuándo la producción de un resultado típico obedece a la conducta no permitida del autor y cuándo es consecuencia de un riesgo diverso.
- En aquellos supuestos en los que en el resultado se realiza un riesgo diverso al generado por la acción en principio desaprobada, Roxin niega la imputación del resultado, dado que el mismo no es la realización del riesgo desaprobado generado por

la acción, sino consecuencia de un riesgo de naturaleza diversa. Frisch resuelve estos casos negando la imputación del resultado a través de no realización de la relación de realización conforme a la cual en el resultado debe materializarse precisamente el riesgo en virtud del cual está prohibido el comportamiento. Jakobs, por su parte, considera la no imputación del resultado, pese al quebrantamiento del rol por parte del actuante, puede deberse a que el resultado sea comprendido como comportamiento no permitido de un tercero o por la infracción de los deberes de autoprotección de la víctima. También cabe la atribución a la víctima en tanto desgracia.

- Respecto de los cursos causales hipotéticos, Roxin sostiene que los mismos son irrelevantes para la causalidad. Sólo rechaza la imputación cuando el autor sólo modifica una causalidad natural sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto. Según Frisch, en estos casos no cabe hablar de la realización del riesgo desaprobado de la acción, sino de un riesgo permitido. Estos casos ya no pueden ser evitados observando la norma de conducta, y por ello constituyen el reverso del riesgo permitido que da por sentado la norma. Jakobs no tiene en cuenta la fórmula hipotética del comportamiento alternativo conforme a derecho, dado que el que se realice o no un riesgo no depende de lo que habría ocurrido sin este riesgo, sino de lo que habría ocurrido con él. Las garantías normativas siempre se mantienen y no desaparecen por el hecho de que haya que tener en cuenta la posibilidad de que sean infringidas. Sin embargo, cuando el comportamiento debido fuese inidóneo para evitar el resultado, la no imputación de las consecuencias no se fundamenta en un juicio hipotético sino recurriendo a una explicación meramente cognitiva a través de la imputación de las consecuencias como desgracia de la víctima.
- En los caso de aumento del riesgo, Roxin considera que el autor ha generado con ello un riesgo no permitido y el resultado le debe ser imputado al autor, puesto que todo incremento del riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor. Considera que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Rechaza, además, que su teoría transforme los delitos de resultado en figuras de peligro. Para Frisch, aceptar la teoría del incremento del riesgo implica dejar de lado la función limitativa del resultado (a través de la relación de realización) y, por tanto, significa convertir dichos

delitos en figuras de peligro. Jakobs critica el criterio de indivisibilidad del riesgo de Roxin dado que en función de dicho criterio cabría fundamentar la imputación de los riesgos generales de la vida, significando una aplicación del principio del “*versari in re illicita*”. La solución propuesta por Jakobs es acudir al principio de “*in dubio pro reo*”, negando la imputación del resultado, incluso en los casos de extrema falta de cuidado y resultado poco probable la explicación, a través de otro riesgo.

- El resultado imputable, a diferencia del juicio de riesgo, determina conforme a un juicio de naturaleza *ex post*. Roxin sostiene este punto de vista puesto afirmando que la determinación del resultado se debe efectuar según un juicio *ex post*, conforme a la cual deben ser tenidas en cuenta todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas. Frisch plantea la dualidad entre comportamiento típico e imputación del resultado. En la imputación del resultado, la norma de sanción limita las consecuencias atribuibles al autor desde la perspectiva *ex post*. Para Jakobs se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo. Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo.

PARTE V.

CAPÍTULO I: Conclusiones finales.

1. Introducción.

En el capítulo final de esta tesis nos abocaremos a sistematizar las conclusiones a las que hemos ido arribando a lo largo de los diversos capítulos. Las conclusiones a las que arribemos nos servirán para confirmar, o en su caso refutar, las hipótesis que nos hemos planteado al iniciar la presente investigación. En dicha oportunidad nos planteamos las siguientes hipótesis:

- 1) En derecho penal hay dos conceptos diferentes de imputación. El primero considera la imputación como la totalidad del delito. Para esta postura la imputación objetiva es sólo un ámbito parcial de un concepto más amplio. Según el segundo concepto de imputación, ésta se limita a la relación entre la conducta desaprobada y el resultado producido (imputación objetiva).
- 2) En la imputación objetiva: “la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” y el “el ámbito de protección de la norma” no constituyen ningún juicio de imputación (adscripción), dado que la imputación es, desde el punto de vista lógico, un juicio *ex post*.

En primer lugar comenzaremos por establecer algunas conclusiones a las que hemos arribado en lo concerniente al posicionamiento epistemológico por nosotros adoptado. Luego, nos concentraremos en el concepto amplio de imputación, a la vez que sistematizaremos los aportes que nos brindan dichas posturas. Cuando hayamos circunscripto el concepto amplio de imputación, pasaremos al análisis del concepto en su versión restringida o limitada, con la finalidad de establecer cuáles de dichos presupuestos constituyen verdaderos juicios de imputación (adscripción). La finalidad de este capítulo en particular, y de la tesis en general, es que las conclusiones a las que hemos arribado sirvan de guía para la tarea creativa de la dogmática jurídico-penal.

2. La imputación: adscripción y seguimiento de una regla.

La imputación es un juicio esencial para comprender nuestras acciones. Toda imputación requiere como objeto una conducta humana, pero ésta no es condición suficiente a los efectos de la imputación. Toda imputación requiere además, de manera necesaria, tener en cuenta un determinado conjunto de normas. Sin sistema normativo sólo existe un conjunto de movimientos corporales carentes de sentido. Comprender las acciones de otros presupone que somos sujetos seguidores de normas. Toda nuestra conducta social involucra un comportamiento gobernado por reglas o, dicho con otras palabras, todo comportamiento “regido por reglas” es esencialmente social.

Cuando consideramos un conjunto de movimientos corporales o un conjunto de sonidos como una acción de correr, jugar hablar, mentir, matar, etc., estamos cotejando esa conducta con un determinado sistema de normas, sean éstas técnicas, morales o jurídicas. Por lo tanto, para que podamos hablar de “imputación” se requiere de la presencia de una norma respecto de la cual la conducta del sujeto es cotejada. El juicio de imputación exige siempre una conducta humana cotejada con una norma. En todas nuestras conductas aplicamos reglas: toda nuestra conducta, incluido nuestro idioma, sólo se comprende como la observancia cierta de reglas predefinidas. La definición de un suceso –un movimiento corporal, un sonido– como acción, presupone la admisión que el sujeto en dicho suceso está aplicando una regla, aun cuando el agente mismo pueda no ser capaz de enunciar la regla o incluso pueda no ser consciente de que está actuando conforme a la regla. A su vez, la posibilidad de no seguir la regla tenida en consideración, o sea, la posibilidad de cometer un error, posibilita un nuevo juicio de valor respecto de la conformidad o no de la conducta con la norma, dado que la idea de estar siguiendo una regla cobra sentido en la medida en que terceros la comprendan y juzguen si la misma se cumple o no correctamente. Por lo tanto, la noción de acatar una regla va unida a la de cometer un error. El error, entendido, siguiendo a Peter Winch, como el apartamiento de la regla, posibilita un nuevo juicio de imputación, sea este meritorio (en caso de haber realizado más de lo debido) o demeritorio (en caso de realizar menos de lo que la ley requiere: reproche).

Para poder imputar un hecho se requiere que el sujeto previamente hubiese estado obligado, sea a realizar una determinada conducta o a su omisión. Pero al mismo tiempo, que el sujeto sea capaz, de cumplirla. Aquí entra en juego la máxima “deber implica poder”. Para que el sujeto pueda ser imputado por su conducta defectuosa es necesario que, al momento del hecho, éste hubiese podido cumplir con el deber derivado de la norma. Dicho en otros términos, la imputación encuentra su fundamento en la existencia de un sujeto libre, de un sujeto que hubiese conocido y, por tanto, hubiese podido seguir la norma cuestionada, puesto que lo que fundamenta el juicio de imputación es el apartamiento del deber implícito en la norma. La pregunta que recae sobre quién puede ser sujeto susceptible de imputación, significa con otros términos, quién es persona para el derecho.

3. La imputación: una estructura del *Lebenswelt*.

El *Lebenswelt*, en tanto categoría introducida por la fenomenología schutziana, es el mundo social-cultural dentro del cual las personas se relacionan, en múltiples formas de interacción, con semejantes a quienes conocen en grados diversos de intimidad y anonimia. Las interacciones con el “otro” se dan a partir de tipificaciones de los motivos, objetivos, finalidades, etc., inherentes a la conducta de las personas. Por medio del lenguaje se tipifican las experiencias, tornándose anónimas, y de ese modo, pueden ser repetidas por cualquiera que entre dentro de la categoría en cuestión. A través del lenguaje es posible objetivar experiencias y significados que perduran en el tiempo y que pueden ser transmitidos a generaciones futuras.

Entre una de las infinitas formas de tipificación se encuentra la imputación. La imputación es, de este modo, un juicio que realizan las personas en el *Lebenswelt*. En su vida cotidiana las personas valoran en base a un sistema de reglas - sean éstas jurídicas, morales, usos sociales, normas de utilidad, etc. - ya sea sus propias acciones o las de otras personas y las adscriben a su titular. La imputación constituye, de este modo, una tipificación de primer nivel, o sea, un primer nivel de abstracción a partir del cual las ciencias sociales, en nuestro caso el derecho, procederá a un nuevo proceso de abstracción.

El derecho no “crea” ningún concepto de imputación sino que reconoce esa tipificación producida en el *Lebenswelt*. El derecho no parte de la nada, no construye el orden normativo a partir de una tabula rasa, sino que tiene en cuenta la realidad previamente interpretada. El acto

de reconocimiento no implica de ningún modo admitir que el derecho entienda a la imputación como la deducción que resulta de estructuras lógico-objetivas de carácter supra-normativo. La vida cotidiana sólo le impone un límite respecto de lo que se entiende por “imputación”, límite dentro del cual la dogmática-jurídico penal goza de un amplio espectro para establecer los criterios bajo los cuales una acción puede ser imputada.

Admitir que la dogmática jurídico-penal construye sus conceptos mediante un proceso de tipificación de segundo grado, implica al mismo tiempo rechazar un normativismo radical, como el seguido por Jakobs, que niega toda base ontológica en la formación de los conceptos y remite para la interpretación de los mismos únicamente a las necesidades sistémicas, conduciendo de este modo a una serie de argumentaciones circulares¹¹³⁵.

4. El concepto de imputación amplio: la imputación como ilícito culpable.

A lo largo de la presente investigación hemos analizado diversos modelos que conceptualizan a la imputación como un conjunto de juicios que alcanza a la totalidad de las etapas delictivas. Estos esquemas derivan de las antiguas teorías de la *imputatio*, aunque también se han desarrollado modelos similares en el ámbito de la dogmática jurídico-penal. El objeto del presente punto es sistematizar los aportes que nos brinda este modelo y, al mismo tiempo, establecer cuáles de las unidades de análisis quedan comprendidas bajo este concepto.

4.1. El concepto amplio de imputación.

Cuando hablamos del concepto de imputación en sentido amplio, o también de un sistema total de imputación, estamos aludiendo a un concepto que no se circunscribe a la determinación de los resultados imputables al sujeto, sino que comprende al delito como una totalidad. Es decir a la atribución del injusto culpable. Para estos modelos es materia de imputación tanto la atribución del hecho ilícito como así también la atribución del hecho como culpable.

Conforme al concepto amplio de imputación, ésta debe ser entendida como un juicio mediante el cual un determinado suceso, sea un movimiento corporal o un sonido, es considerado un hecho, es decir, una acción del sujeto imputado. Acción, que en el caso del derecho penal, es

¹¹³⁵SCHÜNEMANN, Bernd: „Kritische Ammerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, pp. 220-221.

atribuida nuevamente al sujeto como “culpable”, en la medida que el actor no haya seguido el deber que la norma le imponía.

Puesto que las conductas de las personas se hallan gobernadas por reglas, para poder considerar el suceso en el que se ve inmerso el sujeto en tanto “hecho”, habrá que tener como referencia un sistema de reglas mediante las cuales el suceso es cotejado. En el caso del derecho penal, ese sistema de normas lo componen los respectivos tipos penales. Una vez imputado el hecho al agente y, considerado éste como ilícito, se procede a un nuevo estadio de imputación que es la atribución del hecho como “culpable”. Para que se pueda proceder a este nuevo juicio se requiere que el autor haya conocido el carácter ilícito de la conducta y que, a la vez, no estuviese impedido fácticamente de cumplir con el deber impuesto por la norma.

4.2. Los aportes de las antiguas doctrinas de la *imputatio*.

En la presente investigación hemos analizado dos modelos de imputación que se han dado dentro del campo de la filosofía idealista. Como en su oportunidad hemos advertido, no era nuestra finalidad hacer un estudio de cómo han evolucionado las doctrinas de la *imputatio* desde Aristóteles hasta la actualidad, sino sólo analizar dos modelos concretos con la finalidad de obtener aportes que nos provean de elementos para el análisis de los conceptos de imputación desarrollados dentro del ámbito jurídico-penal.

El concepto de imputación desarrollado por Kant, tanto en el ámbito de la imputación moral como de la que se da en el ámbito jurídico, permite un análisis subdividido en dos grandes juicios, uno basado en la consideración del suceso como hecho y a su artífice como persona (*causa libera*) y un segundo juicio adscriptivo que consiste en la atribución del hecho valorado, sea a título de mérito o bien a título de demérito (reproche). Comparado este concepto con la teoría del delito, aquel abarcaría la totalidad del hecho punible y no meramente el resultado. Pero, al mismo tiempo, la distinción de los niveles de imputación hecha por Kant nos posibilita distinguir dos grandes estadios, el hecho (ilícito) y la culpabilidad, niveles que el dogmático no puede desconocer en la construcción del sistema analítico de la teoría del delito.

La mayor dificultad del modelo kantiano se encuentra en la ardua tarea de tratar de articular de modo coherente los conceptos de libertad. El hecho de considerar a la razón legisladora

(libertad en sentido práctico positivo) como un hecho *a priori*, que necesariamente debe presuponerse, implica que se clausura toda prueba de la libertad y, por tanto, debemos darla por supuesta. En algunas de sus obras (*GmD*, *KpV*) Kant independiza el concepto positivo de libertad del concepto negativo de libertad, quitando a la libertad de todo sustrato empírico. Sin embargo, en algunas obras póstumas, reconoce casos en los cuales no es posible afirmar la *imputabilitas* (capacidad de imputación) ante sucesos de inimputables o sucesos inevitables. Dichos hechos repercuten en la libertad negativa. Por tanto, un modo coherente de comprender la libertad en sentido kantiano sería que la misma debe presuponerse en todo sujeto actuante y su existencia no puede ser probada, sin embargo, en casos en que se presenten factores que alteren la independencia de sujeto: al actuar la presunción debe ser dejada de lado.

Esta barrera entre el mundo fenoménico y nouménico es superado por el modelo hegeliano cuando identifica el obrar conforme al deber en el actuar siguiendo la voluntad general, momento de síntesis del derecho abstracto y de la moralidad en la eticidad. En la identificación de la voluntad con la generalidad, el sujeto se emancipa de la dependencia de los meros impulsos naturales y de la particularidad subjetiva como sujeto moral.

En Hegel, la imputación de la acción es un juicio sobre la relación objetiva o “imputación objetiva”. Ella nos dice si un suceso (*Geschehen*) es hecho (*Tat*) de un sujeto. Sólo a la determinación del hecho se limita la imputación objetiva. La imputación objetiva abarca, de este modo, la atribución de un suceso como acción antijurídica. Antijurídica es la acción, que alcanza a las consecuencias en la medida en que ambas estén unidas mediante una relación teleológica. Por el contrario, la pregunta sobre si un hecho puede subjetivamente a la culpabilidad, no está comprendida en el tratamiento de la imputación objetiva. La culpabilidad presupone únicamente imputación subjetiva, que hace referencia a la interna determinación de la voluntad del sujeto. En el modelo hegeliano la inimputabilidad excluye la capacidad jurídico-penal de acción. De este modo la capacidad de culpabilidad y la capacidad de acción se identifican.

El modelo de Hegel tiene un aspecto positivo a destacar que lo identificamos con la función limitativa del dolo, fijando éste el límite de todo aquello que puede ser atribuido al sujeto como su acción; lo que no puede ser abarcado por el dolo cae dentro del ámbito de lo accidental (*zufällig*), y por lo tanto no es imputable. Si la función limitativa de las

consecuencias a imputar la cumple el dolo, el concepto de imputación objetiva de Hegel no se identifica con el concepto en su versión moderna, puesto que para Hegel la imputación objetiva contiene elementos intencionales.

El sistema hegeliano, sin embargo, no está exento de críticas, pues al identificar la capacidad de acción con la capacidad de culpabilidad hace depender la totalidad de la imputación de la afirmación de esta última, lo que conlleva a la imposibilidad de distinguir al interior del concepto de delito diversos niveles de análisis, tornándose la culpabilidad el concepto central sobre el cual descansa la totalidad del sistema. Por lo tanto, no es posible identificar en el sistema de imputación propuesto por Hegel dos estadios de imputación independientes entre sí, consistentes en la imputación al hecho y en la imputación a la culpabilidad. El concepto de imputación propuesto por Hegel consiste más bien en constatar la subsunción o no de la voluntad, de lo particular, en lo general, lo racional.

4.3. Las teorías de la imputación en el derecho penal.

Con el establecimiento de la dogmática jurídico-penal como disciplina científica, especialmente bajo el auge del positivismo, fueron abandonadas las antiguas teorías de la imputación (*Zurechnungslehre*). Sin embargo, durante el siglo XX se han desarrollado modelos de comprensión que recogen los aportes de las viejas doctrinas de la imputación. En el marco de la presente investigación, hemos analizado los modelos teóricos propuestos por Hardwig y Hruschka.

4.3.1. Los aportes de Hardwig y Hruschka.

Como hemos visto, Hardwig Consideró a la teoría general de la imputación como una compleja relación cerrada que debía comprender la totalidad del sistema jurídico penal constituyéndose en el núcleo del sistema jurídico-penal. Su teoría total de la imputación, proyectada en la teoría del delito alcanza hasta la categoría de la culpabilidad y la misma es idónea para toda manifestación delictiva, sean los delitos dolosos o imprudentes, de comisión o de omisión. Desarrolló un modelo de análisis en el que deja de lado el modo de entender el delito hasta ese momento, o sea, rechazando el dogma causal como fundamento para la atribución de resultado. Por su parte, el fundamento de la atribución está ligado a una conducta infractora de un deber. Hardwig sostiene que no es valorada jurídicamente la causación de la muerte, sino una conducta que, a pesar de la inevitabilidad de la muerte, tuvo

como consecuencia la muerte de una persona. De esta manera “La norma de valoración, por tanto, no reza: tú no debes causar la muerte de una persona, sino: debes evitar causar la muerte de una persona (por supuesto, siempre que sea para él evitable)”¹¹³⁶. Desvalorada por el derecho penal es siempre la conducta y no el resultado. El efecto jurídico considerado como “antijurídico”, es tan sólo un suceso fáctico que es relativo al derecho y que, por tanto es valorado de manera negativa. El derecho prohíbe u ordena determinados modos de comportamiento humano. Pero al hombre sólo se le puede ordenar o prohibir aquello sobre lo cual tiene influencia. De esto se deduce que el derecho sólo puede ordenar o prohibir modos de conductas que dependan del poder y voluntad del hombre.

Hardwig reconoce dos niveles diferenciados de imputación que se llevan a cabo a través de diversos juicios, ellos son: la imputación de la antijuridicidad y la imputación de la culpabilidad. El ilícito (*Unrecht*) existe cuando se ha lesionado una norma de determinación, cuya lesión era en principio posible evitar. *Contrario sensu*, aquello que no puede ser evitado no puede ser antijurídico. Antijurídico es el suceso en referencia al cual un sujeto se ha comportado antijurídicamente, es decir, ha lesionado un deber jurídico. Por el contrario, culpable es la conducta que contradice la misma norma de valoración y de determinación en referencia al autor concreto según su comprensión y capacidad de voluntad (es decir concreta-individual o “subjetiva”). En la culpabilidad se constata que el sujeto de derecho, según sus concretas capacidades, hubiese querido evitar o elidir lo que había querido.

Hardwig, a través de su concepto de imputación, quiere mostrar las relaciones de naturaleza compleja que se dan entre elementos para él fundamentales, estos son: el sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*), el derecho (*Recht*) y el suceso jurídico (*Rechtsgeschehen*). Según su punto de vista, con los conceptos de causalidad e imputación están relacionadas dos formas de reflexión completamente diversas. De ningún modo es posible considerar el sentido de la imputación de una lineal-progresivo-retrospectivo (*linear-progressiv-restrospectiv*), como lo es el de la causalidad. A través del concepto de imputación es razonable asociar otro modo de reflexión, que Hardwig lo imagina gráficamente como un círculo con tres puntos en los que están unidos, en relación recíproca, el “derecho”, el “sujeto de derecho” y el “suceso jurídico”. Estos tres puntos constituyen un sistema complejo de referencia de carácter cerrado.

¹¹³⁶Die Bewertungsnorm lautet deswegen auch nicht: Du sollst nicht den Tod eines Menschen verursachen, sondern: Du sollst es vermeiden, den Tod eines Menschen zu verursachen (verseht sich: sofern es für dich vermeidbar ist). HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*”, p. 166.

En él ningún punto puede ser abstraído de los otros porque con ello su relación de sentido se interrumpiría. Al mismo tiempo niega que dicho sistema se pueda presentar de manera progresiva de un punto a otro, porque en esa progresión se establece un punto como punto de inicio, lo que no resulta posible. En esta complejidad, el concepto de imputación significa la producción formal de esas relaciones. Entonces, con el concepto de imputación está asociado, aparte de un especial modo de reflexión, quizás un sistema especial.

Como puntos positivos a destacar del modelo propuesto por Hardwig queremos señalar el reconocer dos niveles de imputación. El primero centrado en la atribución del hecho ilícito y el segundo la atribución culpable del mismo. Ambos juicios, conforme a su teoría, recaen sobre la misma norma de determinación pero desde diversas perspectivas. El juicio de ilícito es de naturaleza objetiva, manera concreta-general u objetiva; la culpabilidad, en cambio, concreta-individual o subjetiva. Otro aspecto a resaltar es que su teoría de la imputación permite abarcar la totalidad de las modalidades delictivas, no requiriendo recurrir una teoría paralela, como lo hace Hruschka, para fundamentar la imputación de hechos que no cuajan en su estructura.

Joachim Hruschka retoma el modelo de imputación kantiano al que le suma un análisis profundo desde la teoría de las normas. Define a la imputación de una acción como el seguimiento de una regla. En la imputación de un suceso como acción se requiere que el sujeto aplique un específico grupo de reglas, conjunto de reglas que debe ser conocido tanto por el sujeto imputante como por el sujeto imputado.

La imputación también requiere de libertad, en este punto retoma el concepto kantiano de libertad, en el sentido de libertad transcendente como lo es la expresión *causa libera*. La imputación se hace posible en la medida en que interrumpe el proceso causal y escoge, entre la multiplicidad de causas, aquella que da origen al suceso.

Desarrolla dos niveles de imputación mediados por una actividad de interpretación de la norma. El primer nivel de imputación (*imputatio facti*) es un juicio de adscripción por el cual un suceso es considerado como “hecho” (*Tat*) y el sujeto actuante u omitente como su artífice (*Urheber*). El mismo es condición necesaria para su valoración. Juzgar si el hecho imputado (en el primer nivel) es antijurídico, no es ningún juicio de imputación, sino expresión de que el hecho no concuerda con el sistema vigente de reglas de comportamiento del que se parte

applicatio legis ad factum. El segundo juicio de imputación (*imputatio iuris*) es el correspondiente al reproche, o sea, la imputación del hecho antijurídico a la culpabilidad.

El punto más destacable a destacar del modelo desarrollado por Hruschka es el desarrollo del sistema lógico de normas, distinguiendo entre reglas de conductas y reglas de imputación. Las reglas de conducta están compuestas por un sistema de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones. En su dimensión “prospectiva” dicen qué acciones del respectivo sistema de reglas hay que entender como prescriptas, prohibidas, (relativamente) permitidas y (relativamente) eximidas. Las normas de conducta en la dimensión “retrospectiva” la denomina *applicatio legis ad factum*, sirviéndole como baremo al juez para determinar si la acción es conforme o no a la norma. En este estadio de la imputación se produce una circularidad hermenéutica entre el hecho y la norma, puesto que para considerar al suceso como un hecho, es decir como acción u omisión del autor, se deberá tener en cuenta el respectivo tipo penal, con el que luego se determinará si el autor ha cumplido o no con el deber impuesto por el mismo (*applicatio legis ad factum*).

Existe otro sistema de reglas compuesto por normas de imputación. Ellas forman parte de un sistema de reglas propio. Operan solamente en una dimensión retrospectiva. Como consecuencia de los juicios de imputación podemos denominar a los sucesos como “hechos” y atribuirselos a su destinatario como reprochables.

El punto más controvertido de la teoría de Hruschka está dado por el reconocimiento de una imputación extraordinaria. Ésta tiene lugar cuando el sucedáneo (*Surrogat*) es tratado como suficiente sustitución para el faltante elemento constitutivo del delito. El suceso será atribuido al agente y reprochado el mismo, no en razón de la infracción de una regla, sino porque el sujeto obra en contra de lo que le incumbía. Las incumbencias (*Obliegenheiten*) se presentan como fuentes de pautas de comportamientos que no llegan a ser reglas de actuar pero las posibilitan. Las incumbencias no fundamentan el reproche de culpabilidad, sino que sólo bloquean una disculpa del autor. La teoría de la imputación, en el modelo presentado por Hruschka, presenta al autor del delito como un agente moral responsable de su propia conducta. Esto posibilita que, en caso de no darse los presupuestos de una imputación

ordinaria, que el agente sea pasible una imputación extraordinaria a partir de la violación de las propias incumbencias¹¹³⁷.

4.3.2. La imputación según Hruschka: un juicio *ex post*.

Del modelo de imputación presentado por Hruschka, valoramos positivamente la delimitación que hace, en función de su teoría de las normas, del ámbito de la imputación. En este modelo de comprensión la imputación en derecho penal se circunscribe a la adscripción ya sea de un hecho (*imputatio facti*) o del mismo hecho a la culpabilidad, en tanto juicio de reproche (*imputatio uiris*).

Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento, sólo funcionan en la dimensión retrospectiva (*ex post*), y están dirigidas primariamente al sujeto imputante, en nuestro caso el juez; aunque Hruschka aclara que la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación posee un carácter relativo en función de la persona de que se trate. Para el juez, las reglas que para el sujeto imputado son reglas de imputación, son reglas de comportamiento en su función de configuración, que le dicen si un acontecimiento físico debe ser o no imputado como acción y si un hecho acaso juzgado por él como “antijurídico” debe ser o no imputado como culpable¹¹³⁸.

La imputación de primer nivel significa que el sujeto imputante considera que la persona imputada tuvo una alternativa a su hecho comisivo o a su hecho omisivo, o sea, que el autor estuvo en la situación de omitir el hecho comisivo o de realizar el hecho omitido. La imputación de segundo nivel, por su parte, significa que el sujeto imputante considera que el sujeto imputante ha ejecutado el hecho con conocimiento de su antijuridicidad y que en dicha ejecución, por un lado, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o realizar la acción mandada y, por otro lado, no existía ningún tipo de obstáculo (contramotivo) que le impidiese el cumplimiento de su deber.

Como podemos apreciar, la imputación es siempre un juicio posterior al hecho realizado por un sujeto diverso a la persona imputada. No obstante, el juicio mismo de imputación implica un reconocimiento de la persona imputada como libre y, por ende, como co-sujeto de la operación.

¹¹³⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, pp. 678-679.

¹¹³⁸HRUSCHKA, Joachim: „Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln“, nota nº 7, p. 451.

Ahora bien, toda perspectiva *ex ante*, está excluida del sistema de regla de imputación, por ende, la norma en función de la que el sujeto obligado actúa, sea cumpliendo con el deber impuesto por ella, sea apartándose del mismo, corresponde al sistema de las normas de conductas en su función prospectiva. Norma que también valorará el juez, *ex post facto*, para determinar si la conducta del autor es típica o no.

Volveremos a tratar esta problemática al analizar las denominadas teorías de la imputación objetiva, momento en el cual estableceremos aquellos que consideramos objeto de imputación y aquello que debe ser re-conceptualizado. No obstante, desde ahora ya tomamos el aporte hecho por Hruschka en lo referente al sistema de normas, circunscribiendo aquello que es objeto de imputación a un juicio que funciona desde la perspectiva *ex post*.

4.4. El concepto amplio de imputación: el sistema de la imputación jurídico penal de Günther Jakobs.

Dentro de este concepto amplio de imputación, quedan comprendidas las antiguas teorías de la *imputatio* previas a la conformación del derecho penal como disciplina científica, es decir a los modelos propuestos desde la filosofía del derecho por Kant y Hegel. Como hemos anteriormente analizado, ambos modelos entienden a la imputación, más allá de las diferencias existentes entre ambos, como un juicio destinado a la atribución del hecho no sólo al ilícito, sino también a la culpabilidad. Dentro de esta conceptualización caben también los modelos pertenecientes a Hardwig y Hruschka, que también conceptualizan al delito como un juicio de adscripción que alcanza al ilícito culpable.

El criterio para englobar a todas estas teorías en el concepto amplio de imputación se basa en que todas ellas formulan un sistema de imputación que abarca al delito como una totalidad. Imputación no es sólo la atribución del hecho sino también la atribución culpable del mismo. No todas las teorías analizadas concuerdan en el objeto del primer juicio de imputación. Por un lado, no está claro si Kant ha distinguido entre *imputatio facti* y *applicatio legis ad factum*. Sin embargo, esta distinción entre la imputación del hecho y la (des)valoración del mismo no la realiza Hardwig, puesto que para este autor el primer juicio de imputación abarca a la imputación de la conducta ilícita. Por otro lado, también reconocemos que la independencia entre la imputación al hecho y la imputación a la culpabilidad varía en función de los diversos autores. Si bien Kant, Hruschka y Hardwig trazan la diferencia entre ambos juicios de

imputación, dicha división no es posible en el modelo propuesto por Hegel, en el cual no es posible independizar ambos juicios. Por lo tanto, el criterio definidor del concepto amplio de imputación está dado por el alcance del juicio, es decir, que el mismo incluye al juicio de culpabilidad, más allá del reconocimiento de niveles de imputación y en qué consistan los mismos.

Respecto de las unidades de análisis examinadas, consideramos que el modelo propuesto por Günther Jakobs también queda comprendido dentro del concepto amplio de imputación. Más allá de que este autor reconozca al interior de su teoría de la imputación una categoría propia para la imputación objetiva, sin embargo, ésta no constituye sino un recorte de un concepto más amplio.

Jakobs entiende que la pena y la imputación se encuentran en una relación sinalagmática. La pena es una “respuesta” a la conducta delictiva del autor que, en consecuencia, es comprendida como “comunicación”. La imputación jurídico-penal, conforme a su tesis, tiene la función de determinar el caso en el que la norma por causa de la conducta defectuosa (delictiva) de una persona debe ser corroborada cognitivamente. Con otras palabras, la imputación jurídico-penal establece cuándo un suceso es interpretado como contradicción de la norma de una persona competente. La imputación jurídico-penal y la pena construyen una función de unidad, un sistema. Las reglas para tal comprensión producen en conjunto la teoría de la imputación.

El mundo moderno debe ser ordenado conforme al sentido de las personas y eso implica que el delito debe ser entendido como suceso significativo, como contradicción de la norma. Lo que no puede ser imputado es el destino como donante de significado en la modernidad, y debe ser descartado como sin sentido, es decir, como naturaleza. Según Jakobs, el código mediante el cual el desarrollo del sistema de imputación se concretiza reza “sentido delictivo” versus “naturaleza”. Imputación para este autor es imputación culpable, lo demás es naturaleza¹¹³⁹. Jakobs deriva la imputación de la propia función de la pena, dado que la imputación establece a qué persona ha de pensarse para la estabilización de la norma o, en otros términos quién es el sujeto competente por el hecho ilícito. Jakobs sostiene que:

“Ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de contrariedad a la norma y culpablemente (si es que la ley no renuncia a la pena, lo que es posible por diversos motivos). *La teoría de la imputación*

¹¹³⁹JAKOBS, Günther: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 23.

*desarrolla los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad*¹¹⁴⁰.

Dentro de su concepto amplio de imputación, Jakobs identifica un fragmento del mismo que lo denomina “imputación objetiva del resultado”. Este concepto se refiere a la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable. Se trata de determinar qué significado tiene el comportamiento en el contexto social. Para ello no es suficiente el punto de vista del causador sino qué significado tiene el suceso acaecido en el mundo exterior, ya sea como hecho (jurídicamente relevante) o como infortunio. Conforme a Jakobs:

“Esta interpretación en un contexto social del comportamiento unido a sus consecuencias causales o incluso a sus consecuencias causales atípicas, se lleva a efecto en la Dogmática moderna bajo en nombre de ‘imputación objetiva’¹¹⁴¹.

Jakobs, en su *Lehrbuch*, no desconoce la necesidad lógica de distinguir entre dos juicios de imputación diferentes. Uno perteneciente al ámbito del injusto y otro a la culpabilidad. Ello se basa en la idea de que la falta de culpabilidad (por imposibilidad de conocer o cumplir la norma) presupone que la norma exista como tal con independencia de su cognoscibilidad o posibilidad de cumplirla. Por este motivo, aquello que es contrario a la norma, es decir el injusto, puede existir con independencia de la culpabilidad. Además Jakobs agrega que algunos preceptos pertenecientes al ámbito de la culpabilidad, específicamente aquellos que se refieren al injusto, no pueden formar parte de la norma, sino que constituyen un ámbito de “meta-reglas”. De allí distingue entre el injusto como vulneración de la norma, por un lado, y por la culpabilidad entendida como la obligación de responder por la vulneración de la norma. Sin embargo, esta distinción es puesta en duda en la medida en que su concepto de acción incluye al contenido de la culpabilidad y, más aún, que en su reciente obra *System der Strafrechtlichen Zurechnung* postula un tipo total de imputación (*Gesamtzurechnungstatbestand*) que abarcaría todos los presupuestos de la acción culpable¹¹⁴².

¹¹⁴⁰Zu bestrafen ist ein Subjekt, das sich normwidrig und schuldhaft verhalten hat (wenn nicht das Gesetz auf Strafe verzichtet, was aus diversen Gründen möglich ist). *Die Lehre von der Zurechnung entwickelt die verwendeten Begriffe: Verhalten des Subjekt, Normbruch, Schuld*. JAKOBS, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, p.126.

¹¹⁴¹JAKOBS, Günther: “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, p. 85.

¹¹⁴²JAKOBS, Günther: *SsZ*, p. 24.

5. El concepto limitado de imputación.

En el presente punto nos concentraremos en el segundo de los conceptos de imputación, aquel que ha sido introducido en el primer tercio del siglo XX como “imputación objetiva del resultado”, pero cuya acogida y posterior desarrollo por parte de la dogmática jurídico-penal, es relativamente reciente. A continuación circunscribiremos el concepto limitado de imputación objetiva a la vez que determinaremos aquello que verdaderamente constituye un problema de imputación (adscripción).

5.1. Del concepto amplio al concepto limitado de imputación.

Para pasar del concepto amplio al limitado de imputación, no podemos obviar la ruptura que implicó para las antiguas teorías de la imputación, la institucionalización de la dogmática jurídico-penal como ciencia positiva¹¹⁴³. Esta nueva forma de conceptualizar al delito, basado en modelos de comprensión propios de las ciencias naturales, trajo como consecuencia quitar la centralidad al concepto de imputación del concepto de delito. Bajo esta nueva perspectiva, el delito, objeto de la dogmática jurídico-penal, dejó de ser considerado como ente jurídico ideal para ser examinado como fenómeno empírico, ubicado en lo material¹¹⁴⁴.

La influencia del positivismo en la dogmática jurídico-penal alemana fue diversa a la que sufrió la escuela italiana. Cuando el positivismo se establece como movimiento dominante en la segunda parte del siglo XIX, hacía ya tiempo que la ciencia penal alemana utilizaba el método dogmático. Por otra parte, tampoco en Alemania llevó el positivismo a reclamar la realidad empírica naturalística como objeto de la ciencia jurídico-penal, la misma siguió definiendo al derecho positivo como el objeto de su disciplina¹¹⁴⁵. El delito, conforme a este punto de vista epistemológico, se define como el hecho contrario a la norma del derecho vigente atribuible a la culpabilidad, conminado en la ley antes de su realización con una pena.

¹¹⁴³Según la concepción del positivismo, no existe ninguna diferencia de principio entre el enlace causal en la naturaleza inanimada, en los procesos orgánicos de desarrollo, y la determinación psíquica, la motivación. En todas partes rige el principio de que todo cambio perceptible en el tiempo ha de tener su causa precedente en el tiempo, la cual, a su vez, tiene como consecuencia necesariamente, conforme a las leyes de la naturaleza, el efecto. LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Ergänzte Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, Springer-Verlag, 1974, p. 53.

¹¹⁴⁴MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, p. 160.

¹¹⁴⁵En Alemania no se llegó a sustituir el objeto tradicional de la dogmática jurídico-penal, el derecho positivo, por la realidad empírica. El estudio experimental del fenómeno criminal se añadió a la dogmática jurídico-penal como parte diferenciada de la total ciencia penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). En la dogmática el naturalismo influyó solo en cuanto al modo de estudio del derecho positivo, que siguió constituyendo su único objeto. MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.*, pp. 197-198.

Pero a los fines del injusto, el delito no se agota en verificar la contradicción de la norma, sino que requiere que el sujeto sea susceptible de imputación. De esta manera, el concepto de imputación queda reducido como capacidad de imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*), a la capacidad de motivación.

La reaparición del concepto de imputación en la dogmática jurídico-penal se produce iniciado el siglo XX, y no es casual que fuese de la mano de un autor de origen neokantiano como lo fue Richard Honig. Ahora bien, esta reintroducción del concepto de imputación, ahora con el aditamento de “objetiva”, no se condice con el concepto de imputación utilizado por las doctrinas pre-científicas. Dicho con otras palabras, el concepto de imputación objetiva no constituye un recorte de la antigua *imputatio*, sino un concepto dotado de un contenido diverso.

La preocupación central de Honig era la de limitar el alcance de los juicios causales, puesto que no toda relación causal es significativa para el sistema jurídico. Por lo tanto, al suceso causal le añade como presupuesto para la atribución del resultado, un juicio de imputación. Conforme al pensamiento de este autor.

“El juicio de imputación examina la cuestión axiológica, es decir, la significación de la relación causal para el ordenamiento jurídico, medida según parámetros que están dados con el ordenamiento jurídico futuro”¹¹⁴⁶.

Honig considera que el estar objetivamente orientado por un fin (*objektive Bezweckbarkeit*) es el criterio de la imputabilidad de un resultado y, de ese modo, “es imputable aquel resultado que puede ser concebido como propuesto como fin”¹¹⁴⁷. De esta manera, estatuye en primer término a la imputación del resultado como un elemento del tipo objetivo constitutivo de la omisión jurídico-penalmente relevante. Es en esta previsibilidad y evitabilidad de la producción del resultado, a ser juzgadas conforme a la experiencia, donde reside su imputabilidad objetiva, y es dicho elemento el que le da al no actuar el significado de una omisión¹¹⁴⁸, aunque traslada luego dicho criterio como elemento constitutivo de los delitos de comisión. Pues un “hecho no es sólo una secuencia causal, sino un todo que está sujeto a una

¹¹⁴⁶HONIG, Richard: *Kausalität und Objektive Zurechnung*“, pp. 179-180.

¹¹⁴⁷Zurechenbar ist demnach derjenige Erfolg, welcher als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann. HONIG, Richard: *FG-Frank*, p. 184.

¹¹⁴⁸Die Zurechenbarkeit des Erfolges ist konstitutives Element der strafrechtlich erheblichen Unterlassung. HONIG, Richard: *FG-Frank*, p. 193.

apreciación teleológica, antes de que pueda ser valorado jurídicamente”¹¹⁴⁹. Además, dicha imputación es “objetiva”, porque la misma no indaga todavía a los conocimientos y capacidades que efectivamente tiene el autor concreto, sino que el destinatario de la norma es una “figura estándar objetivada”.

Como podemos apreciar, el concepto acuñado por Honig no respeta el concepto amplio de imputación, sino que lo limita a la imputación del resultado. El mismo sólo hace alusión a un fragmento del concepto anteriormente analizado. La importancia que tiene el concepto acuñado por este autor es que constituye la base sobre la cual se van a edificar las posteriores teorías de la imputación objetiva del resultado, dado que fue Roxin quien retomó el concepto reintroducido por Honig, atribuyéndole un contenido diverso.

5.2. Las teorías de la imputación objetiva del resultado.

Los modelos de comprensión, desarrollados a partir de la década del setenta del siglo pasado, desarrollaron un concepto limitado de imputación. Este concepto de imputación hace referencia a criterios normativos que precisan qué consecuencias de un hecho, son consideradas dentro del concepto de resultado típico.

El primer modelo desarrollado fue el de Claus Roxin, modificando el contenido del concepto “imputación objetiva” tal como había sido entendido por Richard Honig. El contenido de dicho concepto ya no reside, como en Honig, en la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*), sino en la creación de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico. Según ROXIN, la finalidad no se basa únicamente en la conexión causal libre de valor, sino que presupone igualmente criterios objetivos de imputación¹¹⁵⁰. La re-normativización del concepto de imputación implica trasladarlo del ámbito pre-típico de las acciones dominables, a la esfera de la imputación del tipo. A partir del modelo presentado por Roxin, se han desarrollado en la dogmática jurídico-penal otros modelos teóricos, que guardan con el de aquel cierta similitud.

¹¹⁴⁹So ist vom Gesetzgeber vorausgesetzte normale Beziehung zwischen Tätigkeit und Erfolg und damit die objektive Zurechenbarkeit des Erfolges auch hier – beim aktiven Verhalten – konstitutives Element. Denn eine „Tat ist nicht nur eine kausale Aueinanderfolge, sondern ein Ganzes, das einer teleologischen Beurteilung unterliegt, ehe es noch rechtlich gewertet werden kann“ . HONIG, Richard: FG-Frank, p. 196.

¹¹⁵⁰ROXIN, Claus: „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, p. 148.

De las unidades de análisis objeto de la presente tesis, los modelos que caben dentro de este concepto limitado de imputación son, el ya mencionado de Claus Roxin, y el propuesto por Wolfgang Frisch.

Para Claus Roxin, la imputación (objetiva) designa un conjunto de criterios normativos tendientes a determinar si un determinado resultado se encuentra en una relación con la acción jurídicamente desaprobada. Según Roxin, “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 resultado concreto”¹¹⁵¹. Si lo cotejamos con el concepto de imputación analizado en primer término, el segundo resulta más ceñido. La imputación ya no hace referencia a la atribución del hecho culpable, sino que se limita a precisar qué resultados, en términos causales, son considerados realización del tipo, conforme a un conjunto de criterios normativos. Una cuestión que aún queda por precisar, y que la analizaremos más adelante, es si el concepto acuñado por Roxin coincide en su contenido con el concepto de imputación al hecho (*imputatio facti*), desarrollado en el marco de las del concepto amplio de imputación.

Dentro de este concepto limitado de imputación ubicamos también a la teoría propuesta por Wolfgang Frisch, si bien el concepto de imputación sostenido por este autor es más limitado que el acuñado por Roxin. Como hemos visto al analizar su teoría, para Frisch la determinación de la conducta jurídicamente desaprobada no constituye un verdadero problema de imputación. Todo lo que atañe a la precisión de la conducta ilícita, Frisch lo analiza dentro de la teoría del comportamiento típico (*tatbestandsmäßiges Verhalten*), que se encuentra bajo la órbita de la norma de conducta. Por ello, tampoco pertenece la dimensión de la imputación del resultado al ámbito de protección de la norma (*der Schutzbereich der Norm*), puesto que se trata de captar con más precisión las dimensiones de riesgo bajo las cuales está desaprobada determinada conducta.

Frisch reserva como objeto de la teoría de la imputación del resultado aquello que considera un verdadero problema de imputación (adscripción) y que refiere a la atribución del resultado típico. La imputación tiene como objeto algo ya dado y encuentra su aplicación en el ámbito de la de la norma de sanción. El resultado del hecho pertenece al ámbito de la norma de

¹¹⁵¹Ein vom Handelden verursachter Erfolg ist dem objektiven Tatbestand nur dann zuzurechnen, wenn das Handlungsobjekt geschaffen und diese Gefahr sich auch im Konkreten Erfolg verwirklicht hat. ROXIN, Claus: „Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre“, p. 372.

sanción, no estando comprendido por el mandato de la norma de comportamiento. Esto significa que el resultado, como tal, no está prohibido, sino únicamente es relevante como presupuesto de la sanción, siempre y cuando él se pueda unir a partir determinados criterios con la ejecución de la acción jurídicamente desaprobada. Esta conexión entre conducta desaprobada y resultado se produce a través de la imputación.

Si cotejamos los dos modelos comprendidos dentro del concepto limitado de imputación concluimos que el concepto adoptado por Frisch resulta más restringido que el acuñado por Roxin. Toda la dimensión de la determinación de la conducta riesgosa queda, en la teoría de Frisch, fuera del ámbito de la imputación. Esta depuración se produce a partir de una aplicación rigurosa de la teoría de las normas que distingue entre norma de comportamiento (*Verhaltensnorm*), que funciona en la perspectiva *ex ante*, y norma de sanción (*Sanktionsnorm*), que lo hace desde la perspectiva *ex post*.

5.3. La norma de sanción como ámbito de la imputación objetiva.

De los modelos de imputación objetiva analizados, la propuesta realizada por Wolfgang Frisch acierta en definir el ámbito de la imputación objetiva en función de la aplicación de la teoría de las normas, que distingue entre normas de conducta (*Verhaltensnorm*) y normas de sanción (*Sanktionsnorm*). Entre ambas categorías media una dicotomía en torno a la dimensión en la cual operan. Las normas de comportamiento prohíben la ejecución de acciones futuras y, por eso, deben ser formuladas y legitimadas desde la perspectiva *ex ante*; las normas de sanción, al contrario, reaccionan frente a conductas pasadas y adoptan por ello el punto de vista *ex post*. Este modelo de teoría de las normas fundado en dos perspectivas, por Frisch sino que, con algunas variantes, también por autores como Jürgen Wolter¹¹⁵², Georg Freund, o en el caso de la dogmática jurídico-penal española, a Santiago Mir Puig y a Jesús-María Silvia Sánchez¹¹⁵³, entre otros.

¹¹⁵²WOLTER no sólo asigna a la norma de conducta un fin preventivo sino también represivo. Junto a la regulación del comportamiento humano, la norma tiene una segunda faceta: la valoración desaprobadora del comportamiento prohibido. La norma de valoración es (por tanto) más amplia que la norma de determinación. WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1. Austage, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 26.

¹¹⁵³Lo interesante de este planteamiento es que no sólo la imputación objetiva se encuentra en el ámbito de la norma de sanción sino también los demás presupuestos de la sancionabilidad penal del hecho, a saber la culpabilidad o atribuibilidad de un hecho a un determinado sujeto. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, p. 614.

La norma de conducta manifiesta la decisión de prohibir (o en su caso ordenar) una conducta, calificando al comportamiento tipificado como algo que pretende ser evitado (u ordenado) por el Derecho penal, de modo que valora necesario, lícito y posible restringir el ámbito de actuación de los sujetos mediante la amenaza de pena, para disuadirlos de tales conductas¹¹⁵⁴. Del ámbito de la norma de conducta deriva Frisch su teoría del comportamiento típico (*tatbestandsmäßiges Verhalten*). Según su modelo teórico, esta categoría se centra en “la pregunta sobre si una conducta comprendida por la literalidad del tipo cae o no en el ámbito de las conductas conformes a Derecho según las valoraciones generales”¹¹⁵⁵. Por lo tanto, según Frisch, “La vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado”¹¹⁵⁶. También forma parte del ámbito del comportamiento típico la categoría conocida bajo el nombre de “el ámbito protección de la norma” (*der Schutzbereich der Norm*), puesto que aquí de lo que se trata es de captar con más precisión las dimensiones de riesgo bajo las cuales está desaprobada determinada conducta¹¹⁵⁷.

Dado que la norma de conducta sólo abarca lo que resulta dominable por el sujeto desde la perspectiva *ex ante*, el resultado del hecho pertenece al ámbito de la norma de sanción no estando comprendido por el mandato de la norma de comportamiento, reduciéndose ésta a la prohibición de comportamientos jurídicamente desaprobados.

La norma de sanción ya no tiene por finalidad esencial incidir en la esfera de la liberada de acción del individuo, sino que incide directamente sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo¹¹⁵⁸. La misma contiene los presupuestos de aplicación de la pena. Según este modelo, el resultado como tal no está prohibido, sino únicamente es relevante como presupuesto de la sanción en la medida que se pueda unir las consecuencias, a partir determinados criterios, con la ejecución de la acción jurídicamente desaprobada (comportamiento típico). Esta conexión entre conducta desaprobada y resultado se efectúa a través de la imputación.

¹¹⁵⁴WOLTER, Jürgen: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch“, pp. 531-535.

¹¹⁵⁵FRISCH, Wolfgang: „Straftat und Straftatsystem“, p. 162.

¹¹⁵⁶FRISCH, Wolfgang: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, p. 232.

¹¹⁵⁷FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 65.

¹¹⁵⁸WOLTER, Jürgen: GA, 1991, pp. 434-435.

La imputación tiene como objeto algo ya dado (un suceso, un comportamiento, una acción subjetiva) y encuentra su aplicación en el ámbito de la norma de sanción. Además, la no producción del resultado en nada afecta a la posibilidad *ex ante* de prohibir el hecho bajo amenaza penal. La realización o no del resultado no es algo que dependa del autor, deviniendo objeto inidóneo de las normas primarias jurídico-penales. En la producción del resultado, repercuten factores de azar, es una cuestión de ciertas condiciones marginales sobre las que el autor carece de todo influjo¹¹⁵⁹.

La problemática de la imputación objetiva del resultado comienza una vez que se ha confirmado una conducta típica. Según Frisch “Objeto de la doctrina de la imputabilidad objetiva del resultado no es sino la determinación exacta de la relación que ha de existir entre un resultado desaprobado previo a la doctrina de la imputación, y dado por supuesto ésta, y un resultado producido (que a su vez ha de mostrar ciertos perfiles descritos en el tipo)”¹¹⁶⁰. Forma parte de la imputación del resultado, la determinación de la relación causal y la de la relación entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado.

La problemática de la imputación del resultado atañe a la sancionabilidad penal del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia prohibición penal del mismo. En este esquema la imputación objetiva del resultado siempre constituye un juicio *ex post* tendiente a determinar la causalidad entre el comportamiento típico y el resultado y la relación de realización. Ésta última determina que el resultado sea en sentido normativo-funcional como la realización del riesgo en virtud del cual estaba prohibida la conducta, con arreglo a lo cual será decisivo si la conducta desaprobada, o la relación no permitida que la caracteriza, es necesaria para explicar el resultado producido.

La importancia de este modelo de teoría de las normas es que, al igual que el presentado por Hruschka, también ubica a la imputación del resultado desde la perspectiva *ex post*, en el ámbito de la norma de sanción. Por el contrario, todo aquello que funciona desde la perspectiva *ex ante*, no puede formar parte de una teoría de la imputación.

¹¹⁵⁹Merced a lo cual, no es extraño que acciones sumamente peligrosas queden sin consecuencias, y por otra parte a menudo acciones en absoluto calificables de especialmente peligrosas, que apenas sobrepasan el riesgo tolerado, conducen a consecuencias indeseadas. FRISCH, Wolfgang: TVZE, p. 513.

¹¹⁶⁰FRISCH, Wolfgang: TVZE, pp. 50-51.

6. Los modelos normativos analizados.

Siguiendo a Silva Sánchez, es posible distinguir tres puntos de vista en torno a la imputación y a las diversas teorías de las normas. Todos los modelos de comprensión en torno a la imputación han sido abarcados en la presente tesis al analizar las diversas teorías.

El primer punto de vista lo constituye aquel modo de comprensión que define a la teoría del delito como teoría de la infracción personal de una norma de conducta: el modelo más acabado de esta teoría es el presentado por Frisch. Conforme a este punto de vista, la propia lógica de la norma de conducta constituye el criterio rector de cuáles han de ser los presupuestos de su infracción, con otras palabras, los criterios de imputación de la antinormatividad derivan de la propia norma (y de su relación con el sujeto preexistente a ésta, al que se dirige)¹¹⁶¹.

La segunda perspectiva es la teoría funcionalista de Jakobs, que Silva Sánchez la define como la teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa normativa. Según este punto de vista, los criterios de imputación derivan de la lógica de la expectativa social de conducta. Dicho de otro modo, la imputación está dirigida a aquel sujeto que socialmente ha sido definido como destinatario de expectativas (el portador del rol) y que, por consiguiente, es asimismo definido como capaz de defraudarlas; el sujeto no es preexistente a la norma, sino que viene constituido por ésta (por la sociedad)¹¹⁶². En términos de Jakobs, el sujeto competente, esto es la persona en derecho, tiene su origen en el propio proceso de comunicación. Cuando analizamos su teoría de la imputación hemos marcado nuestras divergencias con respecto a su concepto de imputación, especialmente en lo que respecta a quiénes pueden defraudar las expectativas y, por ende, le puede ser imputada la infracción. Esta teoría, al identificar capacidad de acción con capacidad de culpabilidad (todo actuar es actuar culpable), conlleva a la teoría del delito a un modelo en el cual la distinción entre ilícito y culpabilidad queda en segundo grado.

El último punto de vista lo constituye el punto de vista que identifica a la teoría del delito como una teoría de la imputación de la lesión de una regla de conducta. Este punto de vista lo constituye la teoría de la imputación heredera de la tradición kantiana presentada por Joachim Hruschka. Conforme a este punto de vista, las reglas de conducta son independientes y

¹¹⁶¹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, p. 678.

¹¹⁶²SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Ob. Cit.*, p. 678.

responden a una lógica diferente a las reglas de imputación. La aplicación de una regla de imputación por el sujeto imputante presupone lógicamente la operatividad de una norma de conducta. Este punto de vista configura al sujeto como un agente moral responsable por su propia conducta, puesto que en el proceso de imputación el sujeto se concibe como libre, como *causa libera*. Lo que permite que, aun en caso de ausencia de una imputación ordinaria, la imputación tenga lugar en función de una imputación extraordinaria, basada en la inobservancia de sus propias incumbencias por parte del sujeto¹¹⁶³.

Una constante que podemos observar, más allá de las grandes diferencias existentes, es que en todos estos puntos de vista, la imputación del resultado funciona desde la perspectiva *ex post*. El primero y el tercer modelo lo hacen de manera explícita. En el caso de Jakobs (segundo modelo), dentro de su teoría de la imputación objetiva, hay juicios que funcionan *ex ante*: básicamente la determinación de la conducta riesgosa. Sin embargo, respecto de la atribución del resultado, invierte la perspectiva recurriendo, así, a la dimensión *ex post*¹¹⁶⁴.

7. La imputación objetiva y la *imputatio facti*, ¿son categorías equivalentes?

Bajo este apartado compararemos el concepto de imputación al hecho (*imputatio facti*), como primer juicio adscriptivo bajo el concepto amplio de imputación, con la moderna teoría de la imputación objetiva, a los fines de determinar si ellas constituyen conceptos equivalentes.

En la tradición kantiana la *imputatio facti* tiene por finalidad comprender un fenómeno como acción de un sujeto. Hruschka utiliza dicho concepto para atribuir un suceso, es decir, movimiento corporal o un sonido como acción, reconociendo al agente como sujeto de la acción¹¹⁶⁵. Las teorías de la imputación objetiva, por el contrario, tienen una finalidad distinta. En el modelo de Roxin, la cuestión de la imputación objetiva entra en juego una vez que ha sido afirmada la acción. Roxin se esfuerza por mantener un concepto de acción pre-típico aunque “normativo” no basado en estructuras óntico-ontológicas. La define como una “manifestación de la personalidad” (*Persönlichkeitsäußerung*), es decir como todo aquello que se puede imputar al ser humano como centro-anímico espiritual de la acción.

Una vez que se ha afirmado la acción, en el caso de los delitos de resultado, se procede a analizar los presupuestos de la imputación objetiva. El primero de ellos, la creación de un

¹¹⁶³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Ob. Cit., pp. 678-679.

¹¹⁶⁴JAKOBS, Günther: AT, p. 226.

¹¹⁶⁵HRUSCHKA, Joachim: *Strukturen der Zurechnung*, p. 13.

riesgo no permitido, teniendo a determinar si la acción genera un riesgo no tolerado por la norma. Aún más, si hacemos uso de del sistema de reglas aportado por Hruschka y lo cotejamos con la teoría de la imputación objetiva, el primero de sus presupuestos, a saber, la creación de un riesgo no permitido, no es estrictamente un juicio de imputación. Puesto que para la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado, se tiene en cuenta la perspectiva *ex ante*. Conforme a la postura de Roxin, esta determinación “depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o aumenta el peligro”¹¹⁶⁶. Y es esa perspectiva la que debe tener en cuenta el juez al momento de considerar como conducta permitida o peligrosa (prohibida). En el modelo propuesto por Hruschka, la determinación de la conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado es propio del ámbito de la regla de conducta en su dimensión retrospectiva (*applicatio legis ad factum*), consistente en una función interpretativa y no de la primera regla de imputación. Mediante este procedimiento se determina si la acción es conforme a derecho o ilícita, y sería también en el ámbito de esta norma de conducta en la que se resolverían las cuestiones vinculadas a la delimitación de la conducta permitida respecto de la conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado. La determinación del riesgo jurídicamente desaprobado no tiene la finalidad de atribuir un fenómeno a un determinado sujeto, sino que sólo se aboca a la finalidad de determinar si el hecho en cuestión configura o no un hecho perturbador. Determinar si un hecho se mantiene todavía dentro de los límites del riesgo permitido no es una cuestión de imputación sino de lo que constituye únicamente un acto de interpretación de una conducta determinada. Por lo tanto, esta primera categoría de la imputación objetiva no puede ser equiparada, ya en términos lógicos, con la imputación al hecho del modelo kantiano de Hruschka.

Siguiendo esta distinción entre perspectiva *ex ante versus* perspectiva *ex post*, tampoco la categoría descrita por Roxin como el alcance del tipo constituye un estricto juicio de imputación, sino que la misma se limita a determinar si el riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado ésta cubierto por la finalidad de la norma típica, lo que no es otra cosa que una interpretación teleológica del respectivo tipo penal, a los fines de determinar si la conducta está prohibida o no. La conducta en cuestión *a priori* ya no estaba prohibida por la norma en cuestión. En la teoría propuesta por Hruschka, la determinación de

¹¹⁶⁶Er kommt darauf an, ob ein einsichtiger Beobachter vor der Tat (*ex ante*) das entsprechende Verhalten für riskant bzw. Gefahrerhöhend gehalten hätte. ROXIN, Claus: AT, B. I, p. 378.

esta actividad se circunscribe a lo que él denomina “*applicatio legis ad factum*”, que no se trata sino de la precisión de la conducta prohibida u ordenada por el tipo penal.

Resta por considerar si el requisito de la realización del riesgo en el resultado estaría comprendido o no dentro de la *imputatio facti*. Aquí los objetos de ambas categorías difieren, puesto que para Hruschka lo primigenio es la imputación de un fenómeno como acción. En este esquema, el resultado, considerado como modificación del mundo exterior, carecería de sentido en Derecho penal si no estuviera vinculado a la idea de “hecho” como objeto primario de la imputación. El resultado no es en sí mismo fundamental, sino que lo es el “hecho” objeto de la imputación. Si bien los resultados son imputados como hecho, para delimitar qué consecuencias han de ser imputadas a la acción, recurre a la norma de conducta, produciéndose de esta manera una circularidad hermenéutica. Roxin, por el contrario, considera que el resultado es atribuido al sujeto como su obra en la medida que entre el mismo y la acción jurídicamente desaprobada exista la relación de riesgo.

El modelo de imputación del resultado propuesto por Frisch, desarrollado a partir de la distinción entre norma de conductas y norma sanción, resulta satisfactorio en la medida en que escinde al comportamiento típico que opera desde una perspectiva *ex ante*, de la imputación del resultado que funciona en sentido opuesto. Esta división en dos categorías le posibilita determinar aquello que, desde su punto de vista, constituye un verdadero problema de imputación, es decir de atribución del resultado. Si bien Frisch, en *Festschrift für ROXIN zum 70. Geburtstag*, sugiere acordar con la postura sostenida por Hruschka citándolo expresamente¹¹⁶⁷, haciendo un análisis más detallado de ambas teorías concluimos que ellas sólo coinciden parcialmente. Bien es verdad que tanto la *applicatio legis ad factum* y la teoría del comportamiento típico de Frisch cumplen una función interpretativa destinada a determinar cuándo se está ante una conducta ilícita y en esa medida parecieran coincidir. Sin embargo, la categoría del modelo de Hruschka es mucho más amplia, puesto que también incluiría lo que Frisch trata como una cuestión de imputación objetiva, es decir la atribución del resultado. En la teoría de la imputación desarrollada por Hruschka no hay lugar para la denominada imputación objetiva, puesto que los componentes de esta teoría son disueltos dentro de la norma de conducta en su dimensión retrospectiva. En el modelo de Hruschka sólo puede ser considerado imputación (juicios de adscripción) un fenómeno como acción

¹¹⁶⁷Véase FRISCH, Wolfgang: FS-Roxin z. 70. G. Notas 101 y 103.

(*imputatio facti*). Respecto de la cuestión de si el resultado pertenece a la *imputatio facti* o a la *applicatio legis ad factum*, caben las mismas apreciaciones hechas en el párrafo anterior.

Si bien a la teoría de Jakobs la hemos incluido dentro del concepto amplio de imputación, este autor reconoce a un fragmento parcial de la misma bajo la denominación “imputación objetiva”. Si analizamos los criterios que utiliza para excluir la imputación objetiva, los criterios de “riesgo permitido”, “principio de confianza”, “prohibición de regreso” y el “ámbito de competencia de la víctima”, éstos tienen por finalidad diferenciar aquellos casos en que una determinada conducta *ex ante* y de manera general se encuentra permitida, de aquella que satisface los requisitos del tipo objetivo. Al igual que los otros modelos analizados precedentemente, estos criterios también caerían en la *applicatio legis ad factum* y no en el ámbito estricto de la imputación. Jakobs le otorga mayor preponderancia en su teoría a la producción del riesgo que a la realización del mismo en el resultado. Dentro de esta perspectiva analiza una serie de supuestos en los cuales resulta controvertida la atribución o no del resultado al sujeto infractor. Lo importante de esta categoría es que toma en consideración la dimensión *ex post*, dimensión que es también compartida por Roxin y Frisch. A partir de las comparaciones realizadas podemos concluir que la categoría de la *imputatio facti* propia de las teorías de la *imputatio* no coincide con la teoría de la imputación objetiva del resultado. La finalidad primaria de la imputación al hecho es la contemplación de un fenómeno como hecho del autor, es decir, como su acción. La atribución del resultado para esta teoría cumple un rol parcial y secundario. Las teorías de la imputación objetiva, por el contrario, parten de posicionamientos en los cuales el resultado ocupa un lugar relevante y a partir de dichas concepciones desarrollan criterios para definir cuáles consecuencias de la conducta no permitida son atribuidas como resultado al autor.

8. La imputación objetiva: lo que queda.

Hemos analizado la teoría de la imputación objetiva desde dos perspectivas diversas. La primera es la seguida por Hruschka, que distingue entre dos sistemas de normas independientes, las reglas de conducta por un lado y reglas de imputación por otro. La segunda perspectiva la constituye aquella postura que distingue entre dos normas diversas, la norma de conducta y la norma de sanción. Ambos puntos de vista concuerdan en que la imputación constituye siempre un punto de vista *ex post*.

Si cotejamos la teoría de la imputación objetiva con ambas perspectivas, las dos llegan a conclusiones similares respecto de algunos presupuestos que componen dicha teoría. La creación de un riesgo no permitido no puede ser considerada un juicio de imputación. De lo que se trata es de determinar los límites entre conducta permitida y aquella que puede ser desvalorada por el derecho penal. Si adoptamos la perspectiva ofrecida por Hruschka, esta actividad se resuelve en el ámbito de la regla de conducta en la perspectiva *ex post*, conocida como la aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*). Desde el punto de vista de la teoría de las normas, la delimitación de la constatación de la conducta generadora del riesgo queda abarcada por la norma de conducta (*Verhaltensnorm*), que funciona desde perspectiva *ex ante*. Aquí acertadamente Frisch excluye del ámbito de la imputación todo aquello que atañe a la determinación de la conducta prohibida, reservándolo al ámbito del comportamiento típico.

La misma suerte corre la categoría del ámbito de protección de la norma. Consideramos que la distinción hecha por Roxin entre el ámbito de protección de la norma de cuidado que opera en el ámbito de la imputación del resultado y el alcance del tipo como categoría independiente resulta superflua. En ambos casos se trata de determinar si la conducta en cuestión se encuentra alcanzada por el deber deducido de la norma. En la medida en que se trata de precisar la conducta prohibida de aquella que no lo está, se trata del ámbito de aplicación de la norma de conducta y, por tanto, desde la perspectiva *ex ante*. También si cotejamos esta categoría con la teoría de Hruschka, arribamos a la misma conclusión que el párrafo anterior; se trata, pues, de una actividad de interpretación propia del sistema de las reglas de conducta en la dimensión retrospectiva (*applicatio legis ad factum*).

Tampoco los criterios de exclusión de la imputación aportados por Jakobs (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y ámbito de competencia de la víctima) son estrictamente juicios de imputación. De lo que se trata en estos casos es de determinar cuándo se está ante una conducta permitida y cuándo ante una desaprobada. Por lo tanto, las soluciones aportadas para estos criterios no varían de lo que venimos diciendo hasta ahora: en una versión se trata del ámbito de la norma de conducta, para la otra de la aplicación de la ley al hecho.

Habiendo depurado a la teoría de la imputación objetiva del criterio de la creación del riesgo no permitido y del ámbito de protección de la norma, lo único que permanece bajo el paraguas de dicha teoría es la realización del riesgo en el resultado.

El resultado no se encuentra alcanzado por el mandato de la norma de conducta, puesto que ésta sólo puede prohibir conductas, nunca resultados. La problemática de la imputación del resultado atañe a la sancionabilidad penal del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia prohibición penal del mismo. En el marco de una dogmática jurídico-penal, en la cual el resultado ocupe un lugar preponderante, se deben determinar reglas bajo las cuales un resultado puede serle atribuido a un sujeto en función de su conducta prohibida. Resulta aceptable (desde posturas en el que la desvaloración del resultado tenga trascendencia) que la imputación objetiva del resultado se constituya como un juicio de adscripción.

Esta conclusión no es tan contundente para la teoría sostenida por Hruschka. Para este autor el objeto primario de la imputación al hecho (*imputatio facti*) es la atribución de un fenómeno como hecho, esto es como acción de un sujeto libre. El resultado, en tanto modificación producida en el mundo exterior, carece de sentido si no va unido a una acción. De igual manera se pronuncia Hardwig, cuando afirma que contrario al deber jurídico sólo puede ser una conducta, sea ésta una acción o una omisión y el resultado es tan sólo un suceso fáctico que es relativo al derecho y que es valorado como antijurídico.

El resultado cumple en este modelo de comprensión una función de prueba y de circunscripción de la conducta. Puesto que es a partir de la modificación en el mundo exterior percibida sensorialmente que nace la necesidad de imputar dicho fenómeno en el cual el sujeto se ve inmerso como una acción libre. Ahora bien, es en función de la regla de conducta en virtud de la cual se delimitan los resultados a tener en cuenta, constituye una actividad valorativa (interpretativa) y por ende, fuera del ámbito de las reglas de imputación.

Por lo tanto, desde la teoría perfilada por Hruschka, la realización del riesgo en el resultado no se identifica con la imputación al hecho, puesto que ésta se concentra primordialmente en la adscripción de la conducta, cumpliendo el resultado una función secundaria, cuya operatividad a los efectos de circunscribir la acción imputable operaría en el ámbito de la aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*).

Dado los argumentos desarrollados: estamos en condiciones de confirmar la segunda hipótesis planteada. Bajo el concepto de “imputación objetiva” se solapan juicios que no constituyen juicios de adscripción, sino que sólo atañen a la determinación de la conducta prohibida. Sólo uno de los presupuestos de la llamada “teoría de la imputación objetiva” constituye un juicio de imputación, a saber, la realización del riesgo en el resultado. Sin embargo este juicio, bajo las teorías amplias de la imputación, constituye un ámbito parcial y secundario, puesto que la imputación al hecho se centra en la adscripción del fenómeno como acción.

9. La *imputatio* y la imputación objetiva del resultado: dos conceptos diversos.

En la medida en que no existe una identidad entre la imputación al hecho como subcategoría de las teorías de la *imputatio* y las modernas teorías de la imputación objetiva, concluimos que no existe una continuidad entre la doctrina total de la imputación y la imputación objetiva del resultado. Esta última no se identifica con el concepto de *imputatio facti*. La reintroducción del concepto de imputación objetiva por parte del neokantismo, expresado en la dogmática jurídico-penal por Richard Honig, obedeció a otra finalidad, y su posterior re-normativización de la mano de Claus Roxin y otros autores funcionalistas centró a esta teoría en la determinación de los resultados atribuibles de una determinada acción ilícita. Sólo una mínima porción de esta teoría cabe, y de manera parcial, dentro del concepto de imputación al hecho. En tanto que este juicio recae sobre la atribución al hecho como obra del sujeto, el concepto de resultado se halla como ámbito parcial y secundario de dicho juicio, puesto que el rol protagonista lo tiene el concepto de acción.

La teoría de la imputación objetiva no constituye una categoría de la *imputatio*, específicamente el juicio de adscripción que recae sobre el hecho. Por el contrario, cuando tratamos de trasladar dicha categoría a los modelos de imputación total, ella queda diluida en un cúmulo de juicios valorativos que no son juicios de imputación en sentido estricto. En las teorías de la imputación total el resultado constituye un ámbito parcial y secundario, puesto que lo prioritario para estos modelos teóricos es la conducta que se aparta del deber (disvalor de acción).

10. Un balance final.

El objetivo del presente punto es sistematizar algunas de las conclusiones a las que hemos arribado, que no fueron planteadas como objetivos específicos en el marco de la presente tesis

pero que consideramos importante poner a consideración, especialmente porque pueden servir de guía a la dogmática jurídico-penal en su labor creativa.

10.1. La imputación: juicio constitutivo de la persona.

Asumir que la imputación constituye un juicio mediante el cual un determinado fenómeno es comprendido como “hecho” de un sujeto implica, al mismo tiempo, considerar al sujeto imputado, como co-sujeto. Esto es, como sujeto libre. Mediante la imputación constituyo al centro de imputación como persona, puesto que rechazo comprender el suceso como un conjunto fenómeno físico-natural ordenándolo desde una causa primera, fundada en la libertad del sujeto.

La libertad de un sujeto no es una categoría ontológica, sino que la presupongo mientras acepto el fenómeno analizado como la acción de un sujeto, y al sujeto libre, como artífice (*Urheber*). A partir de la consideración de la persona como centro de imputación de la acción torno comprensible un suceso, un determinado suceso físico, como su obra. La libertad es un signo distintivo del sujeto, que de un lado no la distingo, sino sólo puedo admitirla. Es en función de la libertad que podemos reprochar al *Urheber* el no seguimiento del deber deducido de la norma. Por el contrario, sólo podemos dar cuenta de aquellas causas que obstaculizan la libertad y cuando contemplamos una acción como “no libre”, la disculpamos.

10.2. El injusto y la culpabilidad como estructuras del *Lebenswelt*.

Al inicio de la investigación hemos explicitado nuestro posicionamiento epistemológico adoptando un punto de vista constructivista, considerando a las conceptualizaciones de las ciencias sociales como tipificaciones de segundo orden. Las ciencias sociales, en nuestro caso el derecho, parten de una realidad previamente interpretada y re-conceptualiza dentro del marco ofrecido por conceptos del mundo cotidiano. Consideramos que este punto de vista resulta compatible con un sistema de imputación compuesto a partir de una teoría de las normas.

En el acto de atribución de responsabilidad es posible reconocer dos juicios diversos: aquel que recae sobre el hecho (desvalorado) y aquel por medio del cual se lo atribuye a la

culpabilidad del sujeto¹¹⁶⁸. Schünemann se expresa en igual sentido cuando afirma que todas las sociedades modernas y en el lenguaje cotidiano no sólo existen denominaciones diferenciadas para la justificación y la exculpación, sino también juegos lingüísticos totalmente distintos, lo que significa que formas de vida lingüísticamente estructuradas constituyen, para la justificación y la exculpación, realidades culturales diferenciadoras dentro del contexto global de atribución social de responsabilidad¹¹⁶⁹. Diferenciación que es reconocida incluso por autores provenientes de diversa tradición jurídica como lo es George Fletcher, quien afirma que “hay cuanto menos un principio estructural inmanente al derecho penal, la distinción entre antijuridicidad y atribución”¹¹⁷⁰.

Estas dos categorías se erigen como dos ámbitos nucleares sobre los cuales el dogmático puede desplegar su actividad creativa. Siguiendo a Schünemann, consideramos que la diferenciación sistemática entre ilícito y culpabilidad se muestran como algo definitivo desde el punto de vista de la función preventivo-general del derecho penal¹¹⁷¹. A partir del respeto a dichas estructuras la dogmática jurídico-penal puede desarrollar las reglas para la atribución de responsabilidad. Dicho de otro modo, dentro del límite aportado por estas dos estructuras debe desplegar su andamiaje conceptual la dogmática jurídico-penal, recurriendo, entre otros recursos, a la lógica deóntica.

Los modelos dogmáticos desarrollados respetando esta estructura del delito que se extiende hasta el juicio de reproche (culpabilidad) distinguen, salvo las excepciones de los modelos de

¹¹⁶⁸De manera similar, sin adoptar un modelo de imputación total, se pronuncia SCHÜNEMANN cuando sostiene que la base del sistema (o –según cual sea la perspectiva – el plano superior de la pirámide conceptual) consta tan sólo de “injusto” y “responsabilidad”. Todas las demás distinciones sistemáticas tradicionales aparecerán en las sucesivas concreciones y diferenciaciones de tales elementos básicos. La referida concreción sólo puede y debe tener lugar por vía de una interpretación de las decisiones del legislador que, paso a paso, indique aquellos estados descriptibles en términos empíricos para los cuales resulta correcta la valoración de referencia. En otras palabras, debe inquirirse a propósito de qué estados de cosas, caricaturizables en el lenguaje descriptivo y asentados en el mundo de la vida social, puede hablarse de la existencia de un injusto específicamente jurídico-penal y de una reprochabilidad general e individual. SCHÜNEMANN, Bernd: “Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal”, en “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Buenos Aires, B de F, 2012.

¹¹⁶⁹SCHÜNEMANN, Bernd: “La función de delimitación de injusto y culpabilidad”, en “Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites”, traducción de Carlos J. Suárez González Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 85.

¹¹⁷⁰There is at least one structural principle immanent in the criminal law, the distinction between wrongdoing and attribution. FLETCHER, George P.: *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 515.

¹¹⁷¹“La tendencia que se observa en el derecho penal moderno de desplazar la legitimidad del principio de retribución hacia la idea de prevención general no ha eliminado, por tanto, la antigua diferenciación entre injusto y culpabilidad, sino que la ha dotado de un punto de apoyo adicional”. SCHÜNEMANN, Bernd: Ob. Cit., p. 101.

Hegel y Jakobs donde dichas diferencias se diluyen, entre el hecho desvalorado (ilícito) y la atribución culpable del mismo.

En lo que concierne a la primera categoría “el hecho desvalorado”, considerar si la imputación se limita a la acción (Hruschka) sin considerar su desvaloración o, si por el contrario, el objeto del mismo constituye la conducta ilícita (Hardwig) depende del punto de vista que se adopte respecto a las finalidades de las normas. Incluso Hruschka, quien mantiene el primer juicio de imputación libre de todo juicio de valor, reservando esta actividad a un paso intermedio entre la imputación al hecho y la imputación a la culpabilidad, necesariamente requiere acudir a la norma de conducta para determinar el hecho a imputar. Consideramos además que también el modelo teórico que distingue entre norma de conducta y norma de sanción (Frisch), respetan la estructura del ilícito.

En la teoría de las normas desarrollada por Hruschka, el ilícito estaría compuesto por las dos reglas de conductas más la primera regla de imputación (*imputatio facti*). La primera regla de conducta (dimensión prospectiva) cumple una función de prevención general, y a la vez, es una necesidad lógica para la aplicación de la regla de imputación de primer nivel. Mediante esta regla se determina el fenómeno como hecho, como conducta del sujeto (actuar u omitir). El carácter ilícito del hecho no se obtiene sino mediante la aplicación de la norma de conducta en su dimensión retrospectiva (*applicatio legis ad factum*). La segunda regla de imputación refiere a la atribución culpable del hecho y satisface la segunda de las categorías.

Según la teoría de las normas que distingue entre normas de conducta y normas de sanción, es la primera de ellas la que satisface las exigencias del ilícito. La misma abarca al comportamiento típico y antijurídico, quedando excluido del mismo el resultado, puesto que la norma no ejerce ninguna influencia sobre el mismo. El ámbito de la norma de sanción vendría a dar cuenta de la imputación del resultado y de la culpabilidad.

Desde nuestro punto de vista el respeto de determinadas estructuras del *Lebenswelt*, específicamente las identificadas con el ilícito y la culpabilidad, no resulta incompatible con la adopción de un sistema normativo desarrollado de manera lógica. Respetar determinadas estructuras sociales de la realidad no implica constituir a la dogmática jurídico-penal en un sistema cerrado de tipo deductivo-axiomático de estructura apriorística y monolítica y con pretensión de vigencia universal, como lo soñó el finalismo. Significa únicamente asumir que

el derecho parte de una realidad pre-interpretada, a partir de tipificaciones hechas por los sujetos en su vida cotidiana, y son estas tipificaciones las que debe tener en cuenta la dogmática a la hora de desplegar su sistema.

10.3 Las teorías de la *imputatio* y la teoría del delito: su complementariedad.

Revitalizar la teoría de la *imputatio*, es decir, la adopción de un modelo de imputación total, no supone retrotraer a la dogmática jurídico penal hasta el estadio previo a su nacimiento como disciplina científica. Sostener que el delito constituye un conjunto de juicios de imputación que se extiende hasta la culpabilidad no supone negar los logros realizados por la dogmática jurídico-penal hasta ahora, ni tornarla asistemática. Al contrario, una teoría de la imputación puede aportar criterios para una renovación de algunos elementos de la teoría del delito.

Es verdad que la adopción de este punto de vista desemboca en una teoría bipartita cuyas categorías son el ilícito y la culpabilidad. En lo que respecta a la primera de las categorías, el tipo y la antijuridicidad no componen niveles valorativos diversos, por lo que la adopción de esta perspectiva desemboca en un tipo total de injusto. La acción tampoco constituye una categoría independiente, puesto que antes del primer juicio de imputación sólo existen meros fenómenos. Es a partir de la imputación que el suceso es comprendido como hecho, imputación en la que se coteja el fenómeno con la norma respecto de la cual la acción será considerada ilícita. Por otro lado, también este modelo de imputación conlleva a una relativización de un modelo de la teoría del delito basado en el binomio “objetivo-subjetivo”. Sin embargo, de esta crítica tampoco está exenta la teoría de la imputación objetiva del resultado desarrollada en el marco de la teoría del delito, siendo la crítica central que ha planteado la corriente finalista a esta categoría sistémica. Además, esta distinción ha sido puesta en duda inclusive por aquellos defensores de la imputación objetiva, como es el caso de Frisch. En cierta medida esta relativización también es reconocida por el propio Roxin cuando en su primer bosquejo de la teoría de la imputación objetiva afirma que el sistema de la teoría del delito no se debe configurar de modo clasificatorio y categorial sino funcional. En un sistema funcional, la posición sistemática de un instituto no depende de su supuesta

naturaleza sino de su de su finalidad político-criminal en la cuestión de la verdadera categoría sistémica¹¹⁷².

Mediante la adopción de la teoría de la imputación total, la teoría de la imputación objetiva del resultado se diluye, puesto que la adopción de esta perspectiva supone una relativización del rol del resultado, dado que la función principal del primer estadio de imputación es la adscripción de un fenómeno como hecho, es decir como acción del sujeto. Sin embargo, la adopción del modelo de comprensión no supone negar criterios normativos tales como el juicio de riesgo o el ámbito de protección de la norma. Los mismos no se constituyen como juicios de imputación sino como criterios interpretativos tendientes a delimitar el alcance de la regla de conducta, en el ámbito de la aplicación de la norma al hecho.

El ámbito del segundo juicio de imputación comprende la adscripción del hecho como demérito o, en otros términos, la atribución a la culpabilidad. La culpabilidad, al igual que el hecho, supone libertad del sujeto, por ello no se podrá imputar el hecho desvalorado cuando el sujeto desconoce la norma de conducta o cuando ésta no puede desplegar sus efectos sobre el autor, puesto que éste se halla en una situación en la cual no le es posible cumplir con la norma.

Es verdad que el punto más débil de la teoría de la imputación es la fundamentación de una imputación de carácter adversativo conocida como imputación extraordinaria. Si analizamos los casos que caen bajo este tipo de imputación, ellos son, en la imputación al hecho, casos de *bis absoluta* imputables o sea casos en que el sujeto se coloca en una incapacidad de acción (casos denominados por la doctrina como *actio libera in causa* por falta de capacidad de acción) y la *ignorantia facti* imputable, o sea, aquellos casos en que el desconocimiento del hecho le es reprochable al agente, básicamente los casos de imprudencia. En el ámbito del segundo nivel de imputación, los casos abarcados son la *ignorantia iuris* imputable, que comprende básicamente los casos de error de prohibición vencible y los casos de vis compulsiva imputable, esto es, los casos en que el sujeto se coloca en una situación de imposibilidad de cumplir con el mandato de la norma de conducta (básicamente los casos conocidos por la doctrina como “*actio libera in causa*”). Una vez determinados los casos comprendidos en la imputación extraordinaria, nos damos cuenta que estos casos no están exentos de críticas dentro de la teoría del delito. Basta con mencionar la teoría de la

¹¹⁷²ROXIN, Claus: FS-Honig, p. 146.

imprudencia y las dificultades que han tenidos las diversas corrientes del pensamiento, en particular el finalismo, para poder dotarla de coherencia dentro de su respectiva teoría. Otro tanto sucede con los casos tratados bajo el concepto de “*actio libera in causa*”, respecto de la cual se han dado diversas soluciones para fundamentar la atribución del hecho, haciendo a un lado la regla del momento del juicio de reproche.

11. Resumen.

- Toda nuestra conducta social involucra un comportamiento gobernado por reglas. El juicio de imputación requiere siempre de una conducta humana cotejada con una norma. El “error”, entendido éste como el apartamiento de la regla, posibilita la imputación, sea ésta meritoria o demeritoria (reproche).
- La imputación encuentra su fundamento en la existencia de un sujeto libre. La pregunta que recae sobre quién puede ser sujeto susceptible de imputación implica quién es persona para el derecho.
- La imputación es un juicio que realizan las personas en el *Lebenswelt*. La imputación constituye una tipificación de primer nivel a partir del cual las ciencias sociales, el derecho, procederá a un nuevo proceso de abstracción. Admitir que la dogmática jurídico-penal construye sus conceptos mediante un proceso de tipificación de segundo grado, implica al mismo tiempo rechazar un normativismo radical.
- Cuando hablamos del concepto de imputación en sentido amplio, o también de un sistema total de imputación, estamos aludiendo a un concepto que no se circunscribe a la determinación de los resultados imputables al sujeto, sino que comprende al delito como una totalidad, es decir, como ilícito culpable.
- Respecto de los modelos filosóficos de la *imputatio*, la mayor dificultad del modelo kantiano se encuentra en articular de modo coherente los conceptos de imputación y libertad. El modelo de Hegel tiene un aspecto positivo a destacar, consistente en la función limitativa del dolo. Sin embargo, dicho sistema, al identificar la capacidad de acción con la capacidad de culpabilidad, hace depender la totalidad de la imputación de la afirmación de esta última, lo que conlleva a la imposibilidad de distinguir al

interior del concepto de delito diversos niveles de análisis, tornándose la culpabilidad el concepto central sobre el cual descansa la totalidad del sistema.

- El modelo propuesto por Hardwig reconoce, acertadamente, dos niveles imputación. El primero centrado en la atribución del hecho ilícito y el segundo la atribución culpable del mismo. Otro aspecto a resaltar es que su teoría de la imputación permite abarcar la totalidad de las modalidades delictivas, no requiriendo recurrir a una teoría paralela (imputación extraordinaria).
- El punto más destacable a destacar del modelo desarrollado por Hruschka es el desarrollo del sistema lógico de normas, distinguiendo entre reglas de conductas y reglas de imputación. El punto más controvertido de la teoría de Hruschka está dado por el reconocimiento de una imputación extraordinaria no basado en la infracción de un deber, sino en la violación de una incumbencia (*Obliegenheit*).
- La imputación es siempre un juicio posterior al hecho realizado por un sujeto diverso a la persona imputada. Toda perspectiva *ex ante* está excluida del sistema de regla de imputación. Como resultado de los juicios de imputación podemos denominar a los sucesos como “hechos” y atribuírselos a su destinatario como reprochables.
- El modelo propuesto por Günther Jakobs queda comprendido dentro del concepto amplio de imputación. Aunque este autor reconozca al interior de su teoría de la imputación una categoría propia para la imputación objetiva, sin embargo, ésta no constituye sino un recorte de un concepto más amplio.
- Jakobs, en la actualidad, no distingue entre injusto y culpabilidad, en la medida en que su concepto de acción incluye al contenido de la culpabilidad y, más aún, cuando postula un tipo total de imputación (*Gesamtzurechnungstatbestand*) que abarcaría todos los presupuestos de la acción culpable.
- Honig define a la imputación objetiva del resultado del siguiente modo: consiste en estar objetivamente orientado por un fin (*objektive Bezweckbarkeit*). Conforme a dicho concepto, es imputable aquel resultado que puede ser concebido como propuesto como fin. La imputación es “objetiva”, porque la misma no indaga todavía sobre los

conocimientos y capacidades que efectivamente tiene el autor concreto, sino que el destinatario de la norma es una “figura estándar objetivada”.

- La re-normativización del concepto de imputación, realizada por Roxin, implicó trasladarlo del ámbito pre-típico de las acciones dominables a la esfera de la imputación del tipo.
- De las unidades de análisis objeto de la presente tesis, los modelos que caben dentro de este concepto limitado de imputación son, el ya mencionado de Claus Roxin, y el propuesto por Wolfgang Frisch.
- En el modelo de Roxin, la imputación ya no hace referencia a la atribución del hecho culpable, sino que se limita a precisar qué resultados, en términos causales, son considerados realización del tipo, conforme a un conjunto de criterios normativos.
- El concepto de imputación sostenido por Wolfgang Frisch es más limitado que el acuñado por Roxin. Para aquel la determinación de la conducta jurídicamente desaprobada no constituye un verdadero problema de imputación. Tampoco pertenece la dimensión de la imputación del resultado al ámbito de protección de la norma. Reserva como objeto de la teoría de la imputación del resultado aquello que considera un verdadero problema de imputación (adscripción) y que refiere a la atribución del resultado típico.
- Frisch acierta en definir el ámbito de la imputación objetiva en función de la aplicación de la teoría de las normas, que distingue entre normas de conducta y normas de sanción. Las normas de comportamiento prohíben la ejecución de acciones futuras y, por eso, deben ser formuladas y legitimadas desde la perspectiva *ex ante*; las normas de sanción, al contrario, reaccionan frente a conductas pasadas y adoptan por ello el punto de vista *ex post*. La problemática de la imputación del resultado atañe a la sancionabilidad penal del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia prohibición penal del mismo.
- Todos los modelos de teorías de las normas analizados concuerdan en que la imputación del resultado funciona desde la perspectiva *ex post*.

- La categoría de la *imputatio facti* propia de las teorías de la *imputatio* no coincide con la teoría de la imputación objetiva del resultado. La finalidad primaria de la imputación al hecho es la contemplación de un fenómeno como hecho del autor, es decir, como su acción. La atribución del resultado para esta teoría cumple un rol parcial y secundario. Las teorías de la imputación objetiva, por el contrario, parten de posicionamientos en los cuales el resultado ocupa un lugar relevante y a partir de dichas concepciones desarrollan criterios para definir cuáles consecuencias de la conducta no permitida son atribuidas como resultado al autor.
- La creación de un riesgo no permitido no puede ser considerada un juicio de imputación. De lo que se trata es de determinar los límites entre conducta permitida y aquella que puede ser desvalorada por el derecho penal. La misma suerte corre la categoría del ámbito de protección de la norma. Lo único que puede ser considerado juicio de adscripción es la realización del riesgo en el resultado.
- Bajo el concepto de imputación objetiva se solapan juicios que no constituyen juicios de adscripción, sino que sólo atañen a la determinación de la conducta prohibida. Sólo uno de los presupuestos de la llamada “teoría de la imputación objetiva” constituye un juicio de imputación, a saber, la realización del riesgo en el resultado. Sin embargo este juicio, bajo las teorías amplias de la imputación, constituye un ámbito parcial y secundario, puesto que la imputación al hecho se centra en la adscripción del fenómeno como acción.
- No existe una identidad entre la imputación al hecho, como subcategoría de las teorías de la *imputatio*, y las modernas teorías de la imputación objetiva. Concluimos que no existe una continuidad entre la doctrina total de la imputación y la imputación objetiva del resultado.
- El respeto de determinadas estructuras del *Lebenswelt*, específicamente las identificadas con el ilícito y la culpabilidad, no resulta incompatible con la adopción de un sistema normativo desarrollado de manera lógica.
- Sostener que el delito constituye un conjunto de juicios de imputación que se extiende hasta la culpabilidad no supone negar los logros realizados por la dogmática jurídico-penal hasta ahora, ni tornarla asistemática. Al contrario, una teoría de la imputación

puede aportar criterios para una renovación de algunos elementos de la teoría del delito.

BIBLIOGRAFÍA.

- ACÁNCER GUIRAO, Rafael: *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ALEXY, Robert: “La definición de derecho según Kant”, en *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, compiladores Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos, traducción de Rodolfo Arango, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 379-394.
- ALLER, Germán: *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo. El derecho penal en peligro*, Montevideo, Carlos Álvarez editor, 2006.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán (Coord.): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique: *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt: *Ética posmoderna*, traducción de Bertha Ruiz de la Concha, Buenos Aires, Siglo XXI editores Argentina, 2005.
- : *La hermenéutica y las ciencias sociales*, traducción de Víctor Magno Boyé, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007.
- BECK, Ulrich: “Teoría de la sociedad del riesgo” en “Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo”, Josetxo Berstein (comp.), traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 201-222.
- : “Teoría de la modernidad reflexiva” en “Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo” Josetxo Berstein compilador, traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 223-280.
- : *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás, Buenos Aires, Paidós, 1998.
- : *La sociedad del riesgo global*, traducción de Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI Editores, 2002.

-----: “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en “Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno” de Ulrich Beck, Anthony Giddens y Scott Lash, traducción de Jesús Albores, Madrid, Alianza, 2001, pp. 13-73.

- BERGER, Peter, LUCKMANN, Thomas: *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.

- BERRUEZO, Rafael: *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Buenos Aires, B de F, 2009.

- BERNSTEIN, Richard. J.: *La reestructuración de la teoría social y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

- BOURDIEU, Pierre: *Los usos sociales de la ciencia*, traducción de Horacio Pons y Alfonso Busch, Buenos Aires, Nueva Visión, 2008.

- BUBNOFF, Ekhart: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1. Auflage, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1966.

- BURKHARDT, Björn: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wieder die ‚Verwirrung zwischen den Subjektiven und dem Objektiven““ en „Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtswert – Strafausschluß – Straferzicht – Strafklagverzicht“, 1. Auflage, herausgegeben von Jürgen Wolter und Georg Freund, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1996, pp. 99-134.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, T. I y II, Madrid, Trotta, 1997.

- BYRD, Sharon, HRUSCHKA, Joachim: *Kant's Doctrine of Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- CANCIO MELIÁ, Manuel: *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“Imputación a la víctima”)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

-----: “Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva”, Mendoza, ediciones jurídicas cuyo, 2001.

-----: „Opferverhalten und objektive Zurechnung“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 111. Band, herausgegeben von Manfred Burstaller, Albin Eser,

Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Heinz Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 357-387.

- CANCIO MELIÁ, Manuel, FERRANTE, Marcelo, SANCINETTI, Marcelo: *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1.998.

- CEREZO MIR, José: “El finalismo, hoy”, en ADPCP, T. XLVI, Fasc. I, enero-abril 1993, pp. 5-20.

-----: *“Derecho penal, parte general”*, Buenos Aires, B de F, 2008.

- COPI, Irving: *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.

- DE JESUS, Dámasio: *Imputación objetiva*, Buenos Aires, B de F, 2006.

- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-01 (2005) <http://criminet.urg.es/recpc>

-----: *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires, B de F, 2007.

- DOUGLAS, Mary: *La aceptabilidad de los riesgos según las ciencias sociales*, traducción de Víctor Abelardo Martínez, Barcelona, Paidós, 1996.

- DREIER, Ralf: *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986.

- ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO María Eugenia, GUIBOURG, Ricardo: *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

- ENGLISCH, Karl: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1. Auflage, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.

-----: *La causalidad como elemento de los tipos penales*, traducción de la alemana de Tübingen (1931) por Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

- ESTEVE PARDO, José: *Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999.

- FERNÁNDEZ, Gonzalo: *La teoría de las normas en el derecho penal*, Montevideo, Fundación de cultura Universitaria, 2010.

- FLETCHER, George P.: *Conceptos básicos de Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

-----: *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000.

- : *Gramática del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- FOUCAULT, Michel: *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France: 1977 – 1978*, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- : *Nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France: 1978 – 1979*, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- FRANK, Reinhard: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17. Neubearbeitete Auflage, Tübingen, Mohr Verlag, 1926.
- FREUND, Georg: *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Personale Strafrechtlehre*, 2. Aktualisierte Auflage, Heidelberg, Verlag Springer, 2009.
- FRICHTER, Helmut: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2011.
- FRISCH, Wolfgang: *Vorstaz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1983.
- : *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988.
- : „An den Grenzen des Strafrechts“, en „Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Wilfried Küper und Jürgen Welp, in Verbindung mit Friedrich Dencker, Klaus Marxen, Hans Joachim Schneider, Heribert Schumann, Eberhard Streuensee und Thomas Vormbaum, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, pp. 69-106.
- : „Straftat und Straftatsystem“, en „Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht“, 1. Auflage, herausgegeben von Jürgen Wolter und Georg Freund, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1996, pp. 135-210.
- : „Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung“, en „Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70.

Geburtstag“, herausgegeben von Guido Britz, Heike Jung, Heinz Koriath und Egon Müller, München, Verlag C.H. Beck, 2001, pp. 237-259.

-----: „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, herausgegeben von Bernd Schünemman, Wilfried Bottke, Hans-Joachim Rudolphi, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 2001, pp. 213-237.

-----: „Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper und Jürgen Wolter, Heidelberg, R. v. Decker, 2003, pp. 719-743.

-----: *Teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acerado y lo problemático*, en “Desvalorar e imputar”, traducción de Ricardo Robles Planas, Buenos Aires, B de F, 2006.

-----: “Delito y Sistema de Delito”, en “El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal”, Jürgen Wolter/ Georg Freund (eds.), traducción de Ricardo Robles Planas, Madrid, Marcial Pons, 2004.

-----: “La imputación objetiva: estado de la cuestión” en “Sobre el estado de la teoría del Delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)”, traducción de Ricardo Robles Planas, Madrid, Civitas, 2000.

-----: *Comportamiento típico e imputación del Resultado*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004.

-----: “La fórmula de la conditio: ¿indicación sobre cómo constatar los hechos o declaración normativa”, en “Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva”, traducción de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

-----: „Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper und Michael Hettinger, Heidelberg, R.v. Decker, pp. 385-405.

-----: „Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung“, en „Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum

70. Geburtstag am 7. September“, herausgegeben von Mark A. Zöller, Hans Hilger, Wilfried Küper und Claus Roxin, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2013, pp.349-373.
- GARCÍA-CARPINTERO, Manuel: *Las palabras, las ideas y las cosas. Una representación de la filosofía del lenguaje*, Barcelona, Ariel, 2008.
 - GIDDENS, Anthony: *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Cambridge, Polity Press, 1991.
 - : “El positivismo y sus críticos”, en “Historia del análisis sociológico”, Bottomore, T y Nisbett, R, (comp.), Buenos Aires, Amorrurtu, 1998.
 - GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
 - : *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991
 - : *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.
 - : *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, Madrid, José María Boch, 2001.
 - : *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Buenos Aires, B de F, 2011.
 - GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Los delitos especiales. Criterios de imputación de la autoría y de la participación*, Buenos Aires, B de F, 2006.
 - GRACIA MARTÍN, Luis: “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-07 (2004) <http://criminet.urg.es/recpc>
 - GRECO, Luis: „Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum ‚Problem‘ des Sonderwissens“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Kristian Kühl, Heinz Müller-Dietz, Ulfrid Neumann, Claus Roxin, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, 117. Band, Berlin, Walter de Gruyter, 2005, pp. 519-554.
 - GUIBOURG, Ricardo: *El fenómeno normativo. Acción, normas y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 2011.
 - GÜNTHER, Carl: *Die Zurechnung im Strafrecht*, 2. Vermehrte und verbesserte Auflage, Leipzig-Berlin, Verlag von Georg Wattenbach, 1905.

- GÜNTHER, Klaus: „Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 143-157.
-----: *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personale Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Verlag Vittorio Klostermann, 2005.
- HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica a la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1992.
- HARDWIG, Werner: *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1. Auflage, Hamburg, Verlag Gruyter & Co., 1957.
-----: „Verursachung und Erfolgzurechnung. Eine Anmerkung zu einer Anmerkung“, en „Juristenzeitung“, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pp. 289-292.
-----: „Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen“, en „Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973“ herausgegeben von Claus Roxin in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1974, pp. 19-30.
-----: „Unrecht und Ungerechtigkeit“, en „Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977“, herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck und Hans Lüttger, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1977, pp. 27-38.
-----: „Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen“, en „Festschrift für HEINRICH HENKEL zum 70. Geburtstag am 12. September 1973“, herausgegeben von Claus Roxin in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herber Jäger, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1974.
- HART, H. L. A.: “The Ascription of Responsibility and Rights”, en “Proceedings of Aristotelian Society”, 49, 1948, pp. 171-194.
- HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, traducción de Patricia Ziffer, Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia Ediciones, 1998.
-----: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999.

- HEFENDEHL, Ronald: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto”, traducción de Eduardo Salazar Ortuño, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 04-14 (2002) <http://criminet.urg.es/recpc>
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1820/21), 1. Auflage, herausgegeben von Bernhard Lakebrink, Stuttgart, Verlag Reclam, 2009
- : *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Erster Teil. Die Wissenschaft der Logik mit den mündlichen Zusätzen* (1830), 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1970.
- : *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Zweiter Teil. Die Wissenschaft der Logik mit den mündlichen Zusätzen* (1830), 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986.
- : *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Dritter Teil. Die Wissenschaft der Logik mit den mündlichen Zusätzen* (1830), 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1990.
- HERMITTE, M-A., “los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo”, en “Gobierno de los riesgos”, Jorge Mosset Iturraspe (et al.), Gonzalo Sozzo coordinador, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2007, pp. 24-40.
- HERZOG, Felix: “Sociedad del Riesgo, Derecho Penal, Regulación del Riesgo. Perspectivas más allá del Derecho penal”, en “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91) Cuenca, 2003, <http://www.cienciaspenales.net>.
- : *Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales*, traducción de Elena Larrauri en Nuevo Foro Penal, n° 53, AA.VV., Bogotá, Temis, 1991.
- HILL, Thomas E. (jr.): “Kant on Responsibility for Consequences”, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 159-175.
- : *Respect, Pluralism, and Justice. Kantian perspectives*, New York, Oxford University Press, 2000.
- : “Wrongdoing, Desert, and Punishment”, en “Kant and Law”, edited by B. Sharon Byrd and Joachim Hruschka, Aldershot (UK), Ashgate, 2006, pp. 337-367.

- HIRSCH, Hans Joachim: „Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel“, en „Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln“, Heymans, Köln, 1988.
- : „Zur Lehre von der objektiven Zurechnung“, en „Festschrift für Theodor Lenkner zum 70. Geburtstag“, 1. Auslage, herausgegeben von Albin Eser, Ulrike Schittenhelm und Heriber Schumann, München, edit C.H. Beck'sche Verlangsbuchandlung, 1998, pp. 119-142.
- : „Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heirich Jescheck, Günther Keiser, Kristian Kühl, Heinz Müller-Dietz, Ulfried Neuman, Claus Roxin, Klaus Tiedeman und Thomas Weigend, Band 116, Berlin, Walter de Gruyter, 2004, pp. 1-14.
- HOLLIS, Martin: *Filosofía de las Ciencias Sociales* (1994), traducción de Ana Lizón, Barcelona, Ariel, 1998.
- HONIG, Richard: „Kausalität und Objektive Zurechnung“, en „Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930“, Band I, Tübingen, Verlag von J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pp. 174-201.
- : “Causalidad e imputación objetiva”, en “Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva”, Marcelo A. Sancinetti (compilador), traducción de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- HRUSCHKA, Joachim: „Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin“, en „Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag“ Herausgegeben von Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs und Fritz Loos, Berlin-New York, edit Walter de Gruyter, 1974.
- : *Strukturen der Zurechnung*, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1976.
- : „Extrasystematische Rechtfertigungsgründe“, en „Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag: am 29. April 1977“, herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck und Hans Lüttger, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, pp. 189-210.

-----: „Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit“, en „Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978“, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Günter Berman, Detlef Krauss und Klaus Volk, München, Verlag Beck, 1979, pp. 421-436.

-----: „Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law“, en „Goltdammer's Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Hamburg-Heidelberg, R. v. Decker's Verlag, 1981, pp. 237-258.

-----: „Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, herausgegeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Lefrenz, Heinz Müller-Dietz und Claus Roxin, Sechshundneunzigster Band, Berlin-New York, Verlag Walter de Gruyter, 1984, pp. 661-702.

-----: „Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?“, en „Juristenzeitung“, herausgegeben von Hans Erich Brandner, Bernhard Großfeld, Christian Starck, Rolf Stürner und Ulrich Weber, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1985, pp. 1-10.

-----: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1988.

-----: „Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln“, en „Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts“, begründet und herausgegeben von Karl Englisch, Hans Kelsen, Ulrich Klich und Sir Karl R. Popper, 22. Band, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, pp. 449-460.

-----: „Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karyeneades bei Gentz und bei Kant“, en „Goltdammer's Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. V. Decker's Verlag G. Schenk, 1991, pp. 1-10.

-----: „Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Band 110., herausgegeben von Manfred Brugstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck,

Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Heinz Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz, Kaus Tiedemann und Thomas Weingerd, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1998, pp. 581-610.

-----: „Existimatio: Unbescholtenheit und Achtung von dem Nebenmenschen bei Kant und in der Kant vorangehenden Naturrechtslehre“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan C. Joerden, Band 8, Berlin, Dunker & Humblot, 2000, pp. 181-195.

-----: „Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Band 112., herausgegeben von Manfred Brugstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Arthur Kaufmann, Heinz Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz, Kaus Tiedemann und Thomas Weingerd, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 2000, pp. 285-300.

-----: „Wieso ist eigentlich die ‚eigenschränkte Schuldtheorie‘ ‚eigenschränkt‘? – Abschied von einem Meinungsstreit“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, 1. Auslage, herausgegeben von Bernd Schünemman, Wilfried Bottke, Hans-Joachim Rudolphi, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 2001 pp. 441-456.

-----: „Die Würde des Menschen bei Kant“, en „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, herausgegeben von der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Band 88/3, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2002, pp. 463-480.

-----: „Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz“, en „Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer“, herausgegeben von Rüdiger Krause, Wilfried Veelken und Kalus Vieweg, Berlin, Dunker & Humblot, 2004, pp. 775-788.

-----: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Buenos Aires, B de F, 2008.

-----: „Kant Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts“, en „Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsen Verrel und Reiner Zaczyk, Berlin, Dunker & Humblot, 2011, p. 17-37.

-----: „Die interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie – eine Wissenschaft oder eine Ideologie?“ En „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Bamd 124, Berlin, Walter de Gruyter, 2012, pp. 232-235.

- HRUSCHKA Joachim, BYRD Sharon: „Kant zu Strafrecht und Strafe in Rechtsstaat“, en „Juristenzeitung“, herausgegeben von Matthias Jestaedt, Herbert Roth, Rolf Stürner, und Joachim Vogel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 957-964.

- HÜBNER, Christoph: *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 1. Auflage, Berlin, Dunker & Humblot Verlag, 2004.

- JÄGER, Christian: *Zurechnung und Rechtsfertigung als Kategorialeprinzipien im Strafrecht*, 1. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006.

- JAKOBS, Günther: *Schuld und Prävention*, 1. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1976.

-----: „Regreßverbot beim Erfolgdelikt“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 89. Band, herausgegeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Richard Lange, Heinz Leferenz, Claus Roxin, Eberhard Schmidt und Hans Welzel, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1977, pp.1-35.

-----: „Risikokonkurrenz- Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht“, en „Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987“, herausgegeben von Wilfried Küper und Verbindung mit Ingeborg Puppe und Jörg Tenckhoff, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1987, pp. 53-75.

-----: *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991.

-----: “El concepto jurídico-penal de acción”, en “Estudios de Derecho penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997, pp. 101-125.

-----: „Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚Alteuropäischem‘ Prinzipiendenken. Oder: verabschiedung des ‚alteuropäischen‘ Strafrechts?“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 107. Band, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Keiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Leferenz, Heinz

Müller-Dietz, Claus Roxin, Hans Schultz und Thomas Weigend, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, pp. 843-876.

-----: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”, en “Estudios de Derecho penal”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.

-----: “El principio de culpabilidad” (1993), en “Estudios de Derecho penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997, pp. 365-393.

-----: *La imputación penal de la acción y de la omisión*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

-----: *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

-----: “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma” (1997), en “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, Madrid, Civitas, 2004.

-----: *Derecho penal: Parte General*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Macial Pons, 1997.

-----: *Estudios de Derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.

-----: *Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

-----: *Norm, Person und Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1999.

-----: „Bemerkungen zur Objektiven Zurechnung“, en „Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999“, herausgegeben von Thomas Weigend und Georg Küpper, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1999, pp. 45-63.

-----: *Sociedad, norma y Persona en una teoría de un derecho Penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2000.

-----: *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000.

-----: “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en “El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs”, Eduardo

Montealegre Lynett (coord.), traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 39-56.

-----: “Personalidad y exclusión en derecho penal”, en “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, traducción de Teresa Manso Porto, Madrid, Civitas, 2004, pp. 51-73.

-----: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 1. Auflage, Düsseldorf, Ferdinand Schöningh Verlag, 2004.

-----: “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en “La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio”, traducción de Teresa Manso Porto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

-----: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004.

-----: *Sobre la normativización de la dogmática-jurídico penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

-----: „Individuum und Person. Strafrechliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 117. Band, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Kristian Kühl, Heinz Müller-Dietz Ulfrid Neumann, Claus Roxin, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 2005, pp. 247-266.

-----: „Schuld der Fremden“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 116. Band, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Günther Jakobs, Kristian Kühl, Heinz Müller-Dietz, Ulfrid Neumann, Claus Tiedemann und Thomas Weigend, in Verbindung mit Hans-Heinrich Jescheck, Hans Joachim Hirsch und Günther Kaiser, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 2005, pp. 831-854.

-----: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 2012.

- JAKOBS, Günther, STRUENSEE, Eberhard: *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Dunker & Humblot Verlag, 1996.

- JOERDEN, Jan C: *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1. Auslage, Berlin, Dunker u. Humblot, 1988.
- : „Zwei Formeln in Kants Zurechnungslehre“, en „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, herausgegeben von der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1991, pp. 525-538.
- KANT, Immanuel: *Kritik der reinen Vernunft* (1781), 1. Auflage, Stuttgart, Reclam Verlag, 2013.
- : *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1885), 1. Auflage, Stuttgart, Reclam Verlag, 2012.
- : *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), 1. Auflage, Stuttgart, Reclam Verlag, 2013.
- : *Kritik der Urteilskraft* (1790), 1. Auflage, Stuttgart, Reclam Verlag, 2006.
- : *Die Metaphysik der Sitten* (1797), 1. Auflage, Stuttgart, Reclam Verlag, 2011.
- : „Reflexionen zur Moralphilosophie“, en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der preußischen Akademie der Wissenschaften, Band 19, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1934, pp. 92-317.
- : „Praktische Philosophy Powalsky“, en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der Akademie der Wissenschaften der DDR, Band 27/4, 1.Hälfte, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1974, pp. 90-235.
- : „Metaphysik der Sitten Vigilantius“ (1793-1794), en „Kant’s gesammelte Schriften“, herausgegeben von der Akademie der Wissenschaften der DDR, Band 27/4, 2.Hälfte, 1. Teil, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1974, pp. 479-732.
- KAUFMANN, Armin: „objektive Zurechnung‘ beim Vorsatzdelikt?“, en Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, Joachim Hermann, Just Krümpelmann, Reinhard Moos, Otto Triffeter, Rudolf Leibinger, Dieter Schaffmeister, Jürgen Meyer, Peter Hünerfeld, Hans-Joachim Behrendt (comps), Berlin, Dunker & Humbolt, 1985, Band I., pp. 251-271.
- KELSEN, Hans: *Society and Nature. A sociological Inquiry*, London, Chicago University Press, 1943.
- : *Reine Rechtslehre*, 2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960.

-----: “Théorie pure du droit”, traduction française de la 2^{ème} édition de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann, Paris, Éditions Galloz, 1962.

- KIENAPFEL, Daniel: *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zum Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*, Frankfurt AM, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1966.

- KINDHÄUSER, Urs: „Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der Objektiven Zurechnung“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz. Wilfried Küper, Michael Hettinger, Heidelberg, R.v. Decker, 2007, pp.447-468.

-----: „Risikoerhöhung und Risikoverringerung“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 120. Band, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Günther Jakobs, Kristian Kühl, Ulfrid Neumann, Bernd Schönemann, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, Berlin, Walter de Gruyter, 2008, pp. 481-503.

-----: “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, traducción de Juan Pablo Mañalich Raffo, en *Indret* N°4, año 2008.

- KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH Juan Pablo: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.

- KLESCZEWSKI, Diethelm: *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1. Auflage, Berlin, Dunker & Humblot, 1900.

- KLIMOVSKY, Gregorio, HIDALGO, Cecilia: *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, A-Z, 2001.

- KÖHLER, Michael: „Der Begriff der Zurechnung“, en „Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999“, herausgegeben von Thomas Weigend und Georg Küpper, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1999, pp. 65-81.

- KÖHNKE, Klaus Christian: *Surgimiento y auge del neokantismo. La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*, traducción de José Andrés Ancona Quiroz, México, FCE, 2011.

- KORIATH, Heinz: *Kausalität und objektive Zurechnung*, 1. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2007.

- KUHN, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

- KÜPER Wilfried: „Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. v. Decker’s Verlag, 1987, pp. 479-509.
- KÜPPER, Georg: *Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik*, 1. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.
- LAMPE, Ernst-Joachim: „Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 118. Band, herausgegeben von Manfred Burgstaller, Albin Eser, Günther Jakobs, Kristian Kühl, Heinz Müller-Dietz, Ulfrid Neumann, Claus Roxin, Bernd Schünemann, Klaus Tiedemann und Thomas Weigend, Berlin, Walter de Gruyter, 2006, pp. 1-43.
- LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität*, 1. Auflage, Leipzig, Werner Scholl Verlag, 1927.
- : *Einführung in Hegel rechtsphilosophie*, 1. Auflage, Berlin, Junker & Dünhaupt Verlag, 1931.
- : *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Ergänzte Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, Springer-Verlag, 1974.
- LASK, Emil: *Filosofía Jurídica*, traducción de Roberto Goldschmidt, Buenos Aires, B de F, 2008.
- LATOUR, Bruno: *Nunca fuimos modernos. Ensayo de antropología simétrica* (1991), traducción de Víctor Goldstein, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *El resultado en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LESCH, Heiko H.: “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en ADPCP, T.XLVIII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1995, pp. 911-972.
- : *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999.
- : *La función de la pena*, traducción de Javier Sánchez-Vera- Gómez-Trelles, Madrid, Dykinson, 1999.
- : *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, traducción de Ramón Ragués, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

- LLANOS CIFUENTES, Alejandro: *Fenómeno y trascendencia en Kant*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2002.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia: *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- : *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- LUHMANN, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987.
- : “El concepto de riesgo”, en “Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesgo”, Josetxo Beriain compilador, traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 123-153.
- : *Sociología del Riesgo*, Ciudad de México, Triana Editores, 1998.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, MIR PUIG, Santiago (coord.): *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 1995.
- MAIWALD, Manfred: „Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffes der objektiven Zurechnung“, en „Festschrift für Koichi Miyazawa“, herausgegeben von Hans-Heiner Kühne, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 465-482.
- MARDONES, José M.: *Filosofía de las Ciencias humanas y Sociales. Materiales para una fundamentación científica*, Barcelona, Anthropos, 1991.
- MARMASSE, Giles: “Qui est coupable? Action et imputation chez Hegel” en “Hegel penseur du droit”, direction Jean-François Kervégan et Gilles Marmasse, Paris, CNRS éditions, 2004.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
- MATT, Holger: *Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, 1. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.
- MAYER, Hellmuth: „Kant, Hegel und das Strafrecht“, en „Festschrift für Karl Englisch zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 1969, pp. 54-79.

- MENDOZA BUERGO, Blanca: *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MERKEL, Adolf: *Derecho Penal: Parte General*, traducción de Pedro Dorado Montero, Buenos Aires, B de F, 2006.
- MERLE, Jean-Christophe: „Was ist Hegels Straftheorie?“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 145-176.
-----: *German Idealism and the Concept of Punishment*, traducción del alemán al inglés de Joseph J. Kominkiewicz, Jean-Christophe Merle y Frances Brown, New York, Cambridge University Press, 2009.
- MIR PUIG, Santiago: “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 05-05 (2003) <http://criminet.urg.es/recpc>
-----: *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Buenos Aires, B de F, 2003.
-----: *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, B de F, 2008.
- MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirenxtu, GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires, B de F, 2007.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador): *El funcionalismo hoy. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, T. I y II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MOORE, Michael S.: *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, Traducción de Tobías J. Schneider, Madrid, editorial Marcial Pons, 2011.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Metodología y ciencia penal*, Granada, Universidad de Granada, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2007.
- MURMANN, Uwe: „Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung“, en „Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zuem siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008“, herausgegeben von Holm Putzke, Bernhard Hardtung, Tatjana Hörnle, Reinhard

Merkel, Jörg Scheinfeld, Horst Schlehofer und Jürgen Seiter, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 2008, pp. 123-140.

-----: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 2. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013.

- NEUMANN, Ulfrid: „Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. v. Decker’s Verlag, 1985, pp. 389-401.

-----: „Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zum Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 99. Band, herausgeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Keiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Lefferenz, Heinz Müller-Dietz und Claus Roxin, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1987, pp. 567-594.

-----: „Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialische Argumentationen in Recht und Moral“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 81-94.

-----: „Zur Veränderung von Verantwortungsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts“, en „Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts“, begründet von Karl Englisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen. Ulrich Klung und Sir Karl R. Popper, herausgegeben von Harald J. Berman, Thomas Hoeren, Werner Krawietz, Jürgen Schmidt, Martin Schulte, Boris N. Topornin, Dieter Wyduckel, Editor-in-Chief und Geschäftsführender Redaktor: Werner Krawietz, 36. Band, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 435-448.

- MURPHY, JEFFRIE G.: “Does Kant have a Theory of Punishment?”, en *Columbia Law Review*, vol. 87, (1987), pp. 509-532.

- PAWLIK, Michael: *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 1999.

-----: „Strafrechtswissenschaftstheorie“, en „Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007“, herausgegeben von Michael Pawlik und Rainer Zaczyk in

Verbindung mit Manuel Cancio Meliá, Eduardo Montealegre, Heiko Lesch, Bernd Müssig, Jorge Perdomo-Torres und Marcelo Sancinetti, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 469-495.

-----: *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 1. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2012.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., CANCIO, MELIÁ, Manuel: “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en “Estudios de Derecho penal”, Madrid, Civitas, 1997, pp. 17-69.

- PEREDA, Carlos: “La tercera antinomia y las perplejidades de la libertad”, en “Kant: de la Crítica a la filosofía de la religión”, Dulce María Granja Castro coordinadora, Madrid, Anthropos, 1994.

- PEREZ DEL VALLE, Carlos: *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

- PLATÓN: “Laques”, en “Platón, obras completas”, tomo 1, Madrid, ediciones de Patricio Azcárate, 1871.

- POTTER, Nelson: “Kant on Obligation and Motivation in Law and Ethics”, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 95-111.

- PRITTWITZ, Cornelius: *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Klostermann Verlag, 1993.

- PUPPE, Ingeborg: „Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 99. Band, herausgegeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Keiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Lefferenz, Heinz Müller-Dietz und Claus Roxin, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1987, pp. 595-616.

-----: “Causalidad”, traducción de Jesus-María Silva Sánchez, en ADPCP, T. XLV, Fasc. II, mayo-agosto 1992, pp. 681-694.

- RADBRUCH, Gustav: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, 1. Auflage, Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1903.

- : *Caricaturas de la justicia*, traducción José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, B de F, 2004.
- : *Sobre el sistema de la teoría del delito*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 12-r1 (2010) <http://criminet.ugr.es/recpc>
- REINHOLD, Joachim: *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, 1. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2009.
 - RICOUER, Paul: “Le concept de responsabilité. Essai d’analyse sémantique” en “Le juste I”, Paris, Esprit, 1995.
 - ROBLES PLANAS, Ricardo, FRISCH, Wolfgang: *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Ricardo Robles Planas, Buenos Aires, B de F, 2006.
 - ROXIN, Claus: „Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigen Delikten“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 74. Band, herausgeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilh. Gallas, Ernst Heinitz, Hans-Heinr. Jascheck, Richard Lange, Eberhard Schmidt und Hans Welzel, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, pp. 411-444.
 - : „Zur Kritik der finalen Handlungslehre“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 74. Band, herausgeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilh. Gallas, Ernst Heinitz, Hans-Heinr. Jascheck, Richard Lange, Eberhard Schmidt und Hans Welzel, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, pp. 515-561.
 - : “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, en “Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva”, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 75-139.
 - : *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), 8. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2006.
 - : „Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts“, en „Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878-23.11.1949“, 1. Auslage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 260-267.
 - : „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, en „Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970“, herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, Verlag Otto Schwatz & CO., 1970, pp. 133-150.

- : *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1970.
- : *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1973 .
- : „Zum Schutzzweck der Norm bei Fahrlässigen Delikten“, en „Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Karl Lackner, Heinz Lefferenz, Eberhard Schmidt, JürgenWelp und Ernst Wolf, 1. Auflage, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1973, pp. 241-259.
- : *Strafrechtliche Grundalgenprobleme*, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1973.
- : „„Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien“, en „Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973“, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197.
- : *Tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber juridico*, traducción de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- : *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.
- : „Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht“, en „Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Günter Kohlmann, B. II, Köln, Dr. Peter Deubner Verlag, 1983, pp. 303-313.
- : „Finalität und objektive Zurechnung“, en „Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann“, Herausgegeben von Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Köln-Berlin-Bonn-München, Verlag Carl Heymanns, 1989, pp. 237-251.
- : „Bemerkungen zum Regreßverbot“, en „Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989“, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 177-200.
- : *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, (1991), 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- : *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C. H. Beck, 2003.

- : *Derecho penal: Parte General. T. I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997.
- : *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción por Joaquín Cuello Contreras y Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- : *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- : “Ventajas y déficits del finalismo. Un balance”, en “Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva”, traducción de María Mercedes Marques y José Milton Peralta, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- : „Normativismus, Kriminalpolitik und Emperie in der Strafrechtsdogmatik“, en „Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag“, 1. Auflage, herausgegeben von Dieter Dülling, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2003, pp. 423-437.
- : „Über Tatbestands- und Verbotsirrtum“, en „Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag“, 1. Auslage, Herausgegeben von Ulrich Sieber, Gehrard Danncker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel, Tonio Wlater, Köln-München, Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 375-390.
- : *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- : „Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik im Deutschland“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper und Michael Hettiger, Heidelberg, R. v. Decker, 2011, pp. 678-695
- : „Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung“, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper und Michael Hettiger, Heidelberg, R. v. Decker, 2012, pp. 655-670.
- : “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 01/2013, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Barcelona, 2013.
- : *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

- ROXIN, Claus, JAKOBS, Günther, SCHÜNEMANN, Bernd, FRISCH, Wolfgang, KÖHLER, Michael: *Sobre el estado de la teoría del Delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000.
- ROUSSEAU, François: *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Éditions Dalloz, 2009.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: „Kausalität und objektive Zurechnung“, en „Sistematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I Allgemeiner Teil (§§ 1 – 79b)“, 2. neubearbeitete Auflage, von Hans-Joachim Rudolphi, Erich Samson, Erckhard Horn, Hans-Ludwig Schreiber, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977, pp. 15-35.
-----: *Causalidad e imputación objetiva*, traducción de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SAMSON, Erich: *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1972.
-----: „Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, 99. Band, herausgeben von Paul Bockelmann, Karl Englisch, Wilhelm Gallas, Ernst Heinitz, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Keiser, Arthur Kaufmann, Richard Lange, Heinz Leferenz, Heinz Müller-Dietz und Claus Roxin, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1987, pp. 617-636.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, María Isabel: *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Imputación y teoría del delito. La teoría kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2008.
- SANCINETTI, Marcelo A.: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
-----: *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
-----: *Teoría de la Imputación Objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- SANCINETTI, Marcelo A. (compilador): *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- SCHNEIDER, Tobías J.: *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Didot, 2011.
- SCHÜNEMANN, Bernd: „Kritische Ammerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. v. Dicker’s Verlag, 1995, pp. 201-229.
- : „Über die objektive Zurechnung“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, Verlag R. v. Decker, 1999, pp. 207-229.
- : „Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft“, en „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001“, 1. Auslage, herausgegeben von Bernd Schünemman. Wilfried Bottke, Hans-Joachim Rudolph, Hans Achenbach und Bernhard Haffke, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1-32.
- : *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.
- : *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Ibañez, 2007.
- : *Obras*, Tomos I y II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- : “La función de delimitación de injusto y culpabilidad”, en “Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites”, traducción de Carlos J. Suárez González Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- : *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- : “Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal”, en “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Buenos Aires, B de F, 2012.
- SCHÜNEMANN, Bernd (comp.): *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid Tecnos, 1991.
- SCHUSTER, Federico L.: *El oficio del investigador*, Buenos Aires, Homo Sapiens, 1995.

- SCHUSTER, Federico L. (Comp.): *Filosofía y Métodos de las Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Manantial, 2002.
- SCHÜTZ, Alfred: *On Phenomenology and Social Relations*, Helmut Wagner editor, Chicago, Chicago University Press, 1973.
- : *El problema de la realidad social: Escritos I*, Maurice Natanson compilador, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
- SCHÜTZ, Alfred, LUCKMANN Thomas: *Strukturen der Lebenswelt*, 1. Auflage, Konstanz, Verlag C.H. Beck, 2003.
- SEARLE, John: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, traducción de Luis M. Valdés Villanueva, Buenos Aires, Planeta, 1994.
- SEELMANN, Kurt: „Anerkennung, Person, Norm“, en „Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007“, herausgegeben von Michael Pawik und Rainer Zaczek in Verbindung mit Manuel Cancio Meliá, Eduardo Montealegre, Heiko Lesch, Bernd Müssig, Jorge Perdomo-Torres und Marcelo Sancinetti, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 635-644.
- SEHER, Gerhard: „Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen“, en „Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag“, Herausgegeben von Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy und Walter Perron, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2013, pp. 207-221.
- SESSANO GOENAGA, Javier Camilo: “Responsabilidad por organización y Responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incompetencia y falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 08-03 (2006) <http://criminnet.ugr.es/recpc>
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- : “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en “El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal”, Jürgen Wolter y Georg Freund editores, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 15-29.
- : *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2006.

- : *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- : *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010.
- SOLDANO, Daniela: “La subjetividad a escena. El aporte de Alfred Schütz a las Ciencias Sociales”, en “Filosofía y Métodos de las Ciencias Sociales”, Federico L. Schuster Compilador, Buenos Aires, Manantial, 2002, pp. 51-92
 - STOCKHAMMER, Morris: *Kants Zurechnungsidee und Freiheitsantinomie*, 1. Auflage, Köln, Kölner Universitäts Verlag, 1961.
 - STRATENWERTH, Günter: *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
 - STRATENWERTH, Günter, KUHLEN, Lothar: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2011.
 - STRUENSEE, Eberhard: „Der subjektive Tatbestand des Fahrlässigen Delikts“, en „Juristenzeitung“, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pp. 53-63.
 - : „Objektives Risiko‘ und subjektiver Tatbestand“, en „Juristenzeitung“, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pp. 541-543.
 - : „Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Heidelberg, R. V. Decker’s Verlag, 1987, pp. 97-105.
 - : *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, 1. Auflage, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.
 - SUPPA, Giani: *Der Vernünftige Mensch im Strafrecht. Eine Metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und nichtjuristischer Handlungslehren*, 1. Auflage, Basel-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2003.
 - TIMMONS, Mark: „Evil and Imputation in Kant’s Ethics“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 2, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1994, pp. 113-141.
 - VERNEAUX, Roger: *Historia de la filosofía modern*, Barcelona, Herder, 1977.
 - VORMBAUM, Thomas (Hrsg.): *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, 1. Auflage, Heidelberg, Springer Verlag, 2010.

- VOßGÄTTER, Isabel: *Concepto social de acción e imputación objetiva*, traducción de Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Valles, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- WALLERSTEIN, Immanuel (coord.): *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales* (1996), Ciudad de México, Siglo XXI, 2006.
- : *Las incertidumbres del saber*, traducción de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum, Barcelona, Gedisa, 2005.
- WEBER, Max: *Ensayos sobre sociología de la religión* (1920), traducción de José Almaraz y Julio Carabaña, Madrid, Taurus, 1987.
- : *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (1922), traducción de José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- : *Ensayos sobre Metodología y Sociología*, traducción de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- WELZEL, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig, Deutsches Druck und Verlaghaus GMBH., 1935.
- : „Studien zum System des Strafrechts“, en „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ herausgegeben von Ed. Kohlrausch, W. Gallas, Graf Gleispach und F. Schaffstein, 58. Band, Berlin, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1939, pp. 491-566.
- : „Studien zum System des Strafrechts“ (1939), en „Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie“, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1975, pp 120-184.
- : *Teoría de la acción finalista*, traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Fricker, Buenos Aires, Depalma, 1951.
- : *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 2. Auflage, Göttingen, Verlag Oto Schwart & Co., 1952.
- : *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Auflage, Göttingen, Verlag Oto Schwart & Co., 1961.

- : „Strafrecht und Rechtsphilosophie“ (1964), en „Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie“, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1975, pp.1-6.
- : *Das Deutsche Strafrecht.*, 11. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1969
- : „Zur Dogmatik im Strafrecht“, en „Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag“, herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1972, pp. 3-8.
- : *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co. Verlag, 1975.
- : *Estudios de Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2002.
- : *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2004.
- : *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, Buenos Aires, B de F, 2005.
- “El nuevo sistema del Derecho penal. Un introducción a la doctrina de la acción finalista”, traducción de José Cerezo Mir, Buenos Aires, B de F, 2011
 - WESTPHAL, Kenneth R.: „Objektive Gütigkeit zwischen gegebenem und Gemachtem. Hegels kantischer Konstruktivismus in der praktischen Philosophie“, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 177-198.
 - WILLASCHECK, Marcus: “Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals”, en „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 5, herausgegeben von B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka und Jan. C. Joerden, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 205-227.
 - WINCH, Peter: *Ciencia social y filosofía* (1958), traducción de María Rosa Viganó de Bonacalza, Buenos Aires, Amorrortu, 1990.
 - WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas*, traducción Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Atalaya, 1999.
 - WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in eimen funktionalen Straftatsystem*, 1. Austage, Berlin, Duncker & Humblot, 1981.

-----: „Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch“, en „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht“, herausgegeben von Paul-Günter Pötz, Hedeilberg, R. V. Decker’s Verlag G. Schenk, 1991, pp. 531-552.

-----: „Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe: Strukturen eines ganzheitlichen Straftat-, Strafprozeß- und Strafzumessungssystems“, en „Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht“, 1. Auflage, herausgegeben von Jürgen Wolter und Georg Freund, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller, 1996, pp. 1-42.

- WOLTER, Jürgen, FREUND, Georg (eds.): *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht*, 1. Auflage, mit Beiträgen von Björn Burkhardt, Gerog Freund, Wolfgang Frisch, Lothar Kuhlen, Jürgen Wolter, Heidelberg, C.F. Müller, 1996.

-----: *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, traducciones de Guillermo Benlloch Petit, Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pamón Ragués i Vallès y Jesús-María Silva Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2004.

- WOOD, Allen W.: *Hegel Ethical’s Thought*, New York, Cambridge University Press, 1990.

-----: *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal: Parte General*, Buenos Ares, Ediar, 2003.