

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Yesid Reyes Alvarado

ADPCP, T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 933-968

<http://www.cienciaspenales.net>

Fundamentos teóricos de la imputación objetiva (*)

YESID REYES ALVARADO

Profesor de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia

SUMARIO: A. El principio de autorresponsabilidad.—B. La teoría del delito.—1. Concepciones naturalísticas. 2. Una concepción valorativa.—C. Estructura de la imputación objetiva.—D. Ambito de aplicación de la imputación objetiva.

Objetivo central de este trabajo es el desarrollo de los presupuestos teóricos que en materia penal son necesarios para un cabal entendimiento de la teoría de la imputación objetiva, sobre el supuesto de que sólo una adecuada comprensión de la teoría del delito puede permitirnos rechazar la crítica de que la imputación objetiva padece de una deficiente sistematización (1) y encaminarnos definitivamente hacia su reconocimiento en el ámbito del Derecho penal (2).

El principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que sólo puede llamarse imputación —en estricto sentido—

(*) Este artículo es parte de un trabajo más amplio que sobre «La imputación objetiva» fue desarrollado en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, gracias a la generosa hospitalidad del señor Profesor Doctor GÜNTHER JAKOBS, durante la vigencia de una beca de investigación otorgada por la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Respecto de esta crítica, cfr. KÜPPER, Georg, «*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 83.

(2) La teoría de la imputación objetiva es por el contrario reconocida en la doctrina y jurisprudencia civil alemanas desde hace largo tiempo; Cfr. WESSELS, Johannes, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage, página 59.

a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío (3); de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado mi comportamiento; por consiguiente, sólo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior, pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas (4). Sin considerar por ahora el método propuesto por Hegel para realizar tal distinción, e independientemente de la complejidad filosófica que tales manifestaciones implican (5), debe reconocerse como un aporte crucial al Derecho penal la afirmación hegeliana de que a una persona sólo y le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino (6).

(3) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlinien der Philosophie des Rechts*» herausgegeben von Georg Lasson, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, Dritte Auflage, Zusatz zum § 115; Cfr. también HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*», herausgearbeitet von Karl-Heinz Iltting, Friedrich Fromann Verlag Günther Cannstatt, Stuttgart, 1974, Dritter Band, (Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822-1823), p. 355.

(4) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlinien...*», *ob. cit.*, § 118; Cfr. también HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, pp. 360, 361.

(5) Y también independientemente de si con dicha propuesta abarcó o no HEGEL el delito culposos.

(6) Entre quienes aceptan que la delimitación entre esas dos categorías es tarea primordial del Derecho penal pueden consultarse los siguientes autores: v. BURI, «*Ueber Causalität und deren Verantwortung*», J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), Leipzig, 1873, p. 15; BURGSTALLER, Manfred, «*Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*», Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974, p. 108; EBERT, Udo, «*Kausalität und objektive Zurechnung*», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, de Gruyter, Berlín-New York, 1979, pp. 562, 569; ESER, Albin, «*Strafrecht I*», Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, p. 48; HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen der Zurechnung*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1976, pp. 13 y 14; JAKOBS, Günther, «*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtliche Haftung für Begehung*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlín-New York, 1977, Band. 89, p. 19; JAKOBS, Günther, «*Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, p. 73; JESCHECK, Hans Heinrich, «*Lehrbuch des Strafrecht - Allgemeiner Teil*», Duncker & Humblot, Berlín, 4 Auflage, 1988, pp. 249 y 250; KAHLO, Michael, «*Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen*», en *Goltdammers Archiv (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1987, pp. 69, 70; KRATSCHE, Dietrich, «*Aufgaben - und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht*», en *Festschrift für Dietrich Oehler*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín-Bonn-München, 1985, p. 66; KRÜPELMANN, Justus, «*Die normative Korrespondenz zwis-*

A. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

Si se quisiera expresar con un principio general de derecho la pretensión hegeliana de imputar a cada persona sólo aquello que deba ser considerado como «su obra», nada mejor que recurrir al principio de autorresponsabilidad, de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás (7). Si bien una de sus principales ventajas es la de ser un postulado que por su generalidad puede aplicarse independientemente de que haya sido o no expresamente reconocido legislativamente, esa

chen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten», en Jescheck-Festschrift, I. Volumen, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 315; KÜHL, Kristian, «Anmerkung zum Urteil des BGH von 15. 10. 1981 - 4 StR 398/81 (BGHSt 30, 228)», en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1983, p. 32; KÜPPER, Georg, «Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 83; LARENZ, Karl, «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, pp. VII, VIII, 60, 61; LENCKNER, Theodor, «Technische Normen und Fahrlässigkeit», en Festschrift für Karl Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, p. 493; MAIWALD, Manfred, «Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96», en Juristische Schulung (JuS), Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1980, p. 82; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, «Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband I, 1987, 7, Auflage, § 18 III/46, p. 247; OTTO, Harro, «Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 3, Auflage, 1988, p. 65; OTTO, Harro, «Grenzen der Fahrlässigkeitschaftung im Strafrecht - OLG Hamm. NJW 1973, 1422», en Juristische Schulung (JuS), Verlag, C. H. Beck, München und Frankfurt, 1974, p. 704; ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 133 y 135; SAMSON, Erich, «Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pp. 18, 19; WALDER, Hans, «Die Kausalität im Strafrecht» en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR), Verlag Stämpfli & Cie. Ag. Bern, Band 93, 1977, pp. 113, 114; Cfr. WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 53; WOLTER, Jürgen, «Objektive und Personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatensystem», Duncker & Humblot, Berlín, 1981, pp. 29, 30.

(7) Respecto del contenido de este principio, Cfr. SCHUMANN, Heribert, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, pp. 3 y 4; WALTHER, Susanne, «Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung», Eigene Verlag, Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br., 1991, p. 80. Consideraciones adicionales sobre la utilidad del principio en materia penal pueden encontrarse en: DONATSCH, Andreas, «Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers», en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR), tomo 107, Helf 4, 1990, pp. 412, 413; KRATZSCH, Dietrich, «Aufgaben - und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Dietrich Oehler, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín-Bonn-München, 1985, p. 71; SCHUMANN, Heribert, *ob. cit.*, pp. 2 y 6; STREE, Walter, «Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt 32, 262 und BGH, NSStZ 1984, 452», en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1985, p. 182.

misma amplitud puede ser tenida como una notable desventaja si se lo pretende emplear indiscriminadamente como limitador de la responsabilidad penal, ya que ello supondría para el intérprete de la ley una indebida intromisión en el excluyente campo de acción del legislador (8). Su empleo en materia penal es sólo admisible a través del desarrollo de una teoría del delito donde la autorresponsabilidad pueda funcionar como principio rector, pero a través de mecanismos que permitan su concreta aplicación.

B. LA TEORIA DEL DELITO

Para una esquematización del desarrollo que la concepción sistemática del Derecho penal ha tenido en el transcurso del presente siglo, se suele hacer referencia a la polémica sostenida entre las llamadas escuelas causalista y finalista, con eventuales referencias a lo que se ha dado en denominar la concepción teleológica o racional del Derecho penal (9). Para el desarrollo de este acápite proponemos, por el contrario, la distinción entre aquellos sistemas del delito que suponen el empleo de una concepción naturalista del concepto de acción, y aquellos que propugnen por una clara escisión entre los planos naturalístico y normativo. Como quiera que la evolución del sistema penal ha girado siempre en derredor del concepto de acción, haremos primordial referencia a la forma como destacadas corrientes de pensamiento han desarrollado dicho aspecto, con breve mención de los principales inconvenientes que cada una de ellas acarrea consigo.

1. Concepciones naturalísticas

Los comienzos del presente siglo representaron para el Derecho penal una fuerte dependencia del plano naturalístico, en cuanto se pretendió hacer valer en el ámbito normativo un concepto de acción óntico, empeño que paulatinamente fue generando nuevos y crecientes problemas intrasistemáticos, en la medida en que fueron siendo evidentes, por un lado la extrema generalidad de la noción óntica de conducta, y por otro su insuficiencia para responder a problemas específicos del

(8) Sobre estos problemas del principio, Cfr. HILLENKAMP, Thomas, «*Vorsatz und Opferverhalten*», Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 162 y 163.

(9) Cfr. ROXIN, Claus, «*Finalität und objektive Zurechnung*», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, página 237.

Derecho penal, como aquellos que tienen relación con los delitos culposos y los de omisión.

Para bosquejar la forma como ese concepto óntico de acción pretendió llevarse al sistema penal, nos referiremos inicialmente a Radbruch, uno de los más significativos teóricos del Derecho penal, quien a comienzos del presente siglo desarrolló una completa teoría de la acción. Para este autor, el Derecho penal se nutre invariablemente de conductas humanas sobre las cuales se levantan los conceptos valorativos de antijuridicidad y culpabilidad; por ello el concepto de acción es para Radbruch la piedra angular del sistema penal (10) de manera tal que, entre la multiplicidad de conductas humanas, sólo algunas habrán de ser calificadas como antijurídicas, y entre éstas se seleccionarán las que puedan ser tenidas como culpables pues sólo acciones antijurídicas y culpables son punibles (11). Pero, al admitir que la acción es un concepto previo sobre el cual se elevan los reproches de antijuridicidad y culpabilidad, es indispensable que frente a estos conceptos posea aquélla un carácter neutral, que estaría conferido justamente por su condición de fenómeno óntico; por eso, acción es para Radbruch un movimiento corporal consciente y voluntariamente producido, cuyos elementos serían un querer, una actuación y una relación de causalidad (12). Al incluir un querer como ingrediente de la acción no se pretendió hacer referencia al contenido de la voluntad, sino a su óntica existencia, de tal manera que aun en las acciones desacertadas (como calificaba Radbruch la actuación en el delito culposo) existe un querer; por ello la presencia de una voluntad inherente a toda conducta humana como concepto óntico neutral, mientras el contenido de ese querer corresponde al estudio de la culpabilidad como juicio valorativo (13).

Gracias a la neutralidad que se imprimió al concepto de acción, la polémica sobre si el resultado debería o no pertenecer a la conducta carecía de importancia para la construcción de la teoría del delito y la solución de preguntas concretas, por lo cual fue calificada por este autor como carente de significación (14). Por el contrario, la misma consideración óntica de la acción le generó evidentes tropiezos al momento de ocuparse de los delitos de omisión, con los cuales resultaba claramente incompatible la noción naturalística de conducta. La solución plantea-

(10) Cfr. RADBRUCH, Gustav, «*Der Handlungsbergrieff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*», wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, pp. 96, 131 y 143.

(11) Cfr. *Ibidem*, p. 71.

(12) Cfr. *Ibidem*, pp. 71, 129 y 130; sobre la consideración del querer en el concepto de acción, Cfr. *Ibidem*, pp. 130 y 131.

(13) Cfr. *Ibidem*, pp. 130, 131.

(14) Cfr. *Ibidem*, pp. 75, 76.

da por Radbruch fue considerar la acción y la omisión como atributos alternativos del injusto, de manera que seguía considerando la conducta como el concepto principal del sistema, del cual todos los demás son predicados, sólo que esa noción básica debía a su vez ser dividida entre acción y omisión, duplicando todos los «predicados» valorativos para poder ser aplicados a esas dos modalidades del concepto básico (15); esto significaba, en el fondo, reconocer que un concepto óntico de acción no podía, dentro del Derecho penal, solucionar todos los problemas que allí se afrontan, por lo que al admitir el tratamiento diverso de la omisión se hacía un tácito reconocimiento a la insuficiencia del sistema propuesto.

La teoría del delito propuesta por von Liszt seguía básicamente los mismos lineamientos, pero procurando evitar la contradictoria escisión del sistema a la que se vio abocado su discípulo. Según von Liszt, es conducta toda modificación del mundo exterior atribuible a la actividad de un querer humano (16), con lo que, una vez más, se pretendió hacer valer dentro del ámbito jurídico una concepción óntica de acción. También él distingue claramente entre una actividad voluntaria objetiva, que supondría la consideración naturalística referida a la causación o no impedimento de un resultado, y una actividad voluntaria subjetiva, que surgiría cuando el resultado se previó o pudo haber sido previsto (dolo y culpa) y por ende debería ser objeto de un análisis normativo dentro de la culpabilidad (17). De manera absolutamente consecuente con su sistema, anota este autor que el resultado como modificación del mundo físico exterior es, sin duda, un elemento de la acción en sentido naturalístico, por lo cual no tiene sentido la distinción entre los delitos de actividad y los de resultado; sin embargo, las extensas cadenas causales que caracterizan a la naturaleza dan lugar a la existencia de resultados próximos y remotos, de entre los cuales sólo la ley determinará cuál es para ella relevante; por ejemplo, si bien toda muerte violenta supone la causación de heridas, para el tipo de homicidio es sólo importante el resultado muerte (18).

Y para eludir la contradictoria ruptura sistemática de Radbruch precisó v. Liszt que la omisión es un no hacer lo esperado, no realizar la conducta debida (19), de manera que se trata de un concepto con con-

(15) Sobre el carácter de atributos alternativos, Cfr. *Ibidem*, p. 70, y en relación con la reseñada división del sistema penal, Cfr *Ibidem*, p. 143.

(16) Cfr. v. LISZT, Franz, «*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*», J. Guttenberg, Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1891, 4. Auflage, S. 128. Posteriormente la definió más concretamente como la voluntaria causación de un resultado: Cfr. v. LISZT, Franz, *Lehrbuch*, 14 edición, 1905, p. 125.

(17) Cfr. *Ibidem*, p. 125.

(18) Cfr. *Ibidem*, pp. 123 y 124.

(19) Cfr. *Ibidem*, p. 132.

notaciones jurídicas y no eminentemente naturalístico, en el cual lo determinante no es el movimiento corporal (que de todas maneras existe), sino la acción que de la persona era esperada. Aun cuando el tratamiento normativo de la omisión parecería abandonar también el fundamento naturalístico del cual se pretendía dotar al sistema penal, el concepto de acción ideado por v. Liszt permitía mantener la coherencia puesto que conducta era para él la actividad del querer, de tal manera que en una omisión existiría también una arbitraria (voluntaria) no ejecución de la conducta esperada (20).

Los esfuerzos de Welzel no se dirigieron simplemente a buscar enmendar las fallas de la teoría causalista, sino que pretendieron dotar al Derecho penal de un nuevo sistema que llenara los vacíos hasta entonces existentes; a su modo de ver, la causalidad como estructura óptica era incapaz de individualizar aquello que interesa primordialmente al Derecho penal, esto es, la conducta humana (21); en efecto, desde el punto de vista causal, no existe diferencia alguna entre la muerte de un hombre producida por el impacto de un rayo y la generada por los disparos que otra persona ha efectuado, pues en ambos casos se trata objetivamente de una simple causación debiendo reconocerse como única diferencia que en la segunda hipótesis todo ha sido finalmente ejecutado (22). Pero como el Derecho penal no se interesa por todas las relaciones causales, debe aceptarse que la única forma de deslindar los fenómenos naturales de las acciones humanas es recurriendo al elemento intencional (23). Para expresarlo con palabras del propio autor, es cierto que existe un ámbito ontológico con sus propias leyes, pero todo aquello que sea exclusivamente causal, sin pertenecer a la intencionalidad, está de antemano excluido de una valoración jurídico-penal (24); mientras la causalidad es ciega la intencionalidad (voluntariedad) es vidente (25).

Importante consecuencia de hacer recaer la importancia de la acción en su aspecto intencional, es la de restar importancia jurídica a los

(20) Cfr. *Ibidem*, p. 122; en la página 132 recalca enfáticamente que la omisión exige siempre una conducta del autor.

(21) Cfr. WELZEL, Hans, «*Studien zum System des Strafrechts*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1939, 58. Tomo, pp. 502 y 503.

(22) Cfr. WELZEL, Hans, «*Das Deutsche Strafrecht*», Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, 11, Auflage, p. 33.

(23) Para WELZEL el dolo es el conductor de la causalidad relevante; Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch, op. cit.*, p. 45.

(24) Cfr. WELZEL, Hans, «*Kausalität und Handlung*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 51 Tomo, 1931, pp. 707 y 719.

(25) Cfr. WELZEL, Hans, *ZStW* 58 (1939), *ob. cit.*, p. 502; también Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch, ob. cit.*, p. 33.

resultados, pues ellos sólo tienen existencia en cuanto son puestos por la voluntad; de esta manera precisó Welzel que en el sistema penal es determinante el desvalor de acción frente al de resultado (26), con lo cual enfrentó nuevos inconvenientes en casos como el de la legítima defensa sin conocimiento objetivo de la justificante (una persona causa dolosamente la muerte de otra, desconociendo que en realidad con ello evitaba que en ese instante su víctima le hubiera matado) (27). Como intento de solución se ha propuesto negar cualquier importancia al desvalor de resultado para edificar toda la teoría del delito con base en el desvalor de acción (28); esta subjetivización total del injusto no consigue, sin embargo, eludir los problemas que el delito culposo genera pues, por ejemplo, cuando el conductor de un camión inicia una maniobra de adelantamiento prohibida (imaginemos que lo hace en una curva) y causa un accidente sólo porque debido a un defecto oculto del material una de las llantas del vehículo estalla, tendría que reconocerse la existencia de un desvalor de acción (maniobra imprudente de adelantamiento) y, sin embargo, sería absurdo responsabilizar al conductor del camión por el resultado ocasionado (29). Sancinetti piensa, no obstante, que la inconsistencia no proviene de la subjetivización total del injusto, sino del legislador que ha confeccionado los delitos culposos con una marcada indeterminación de la prohibición, lo cual resulta, sin embargo, algo inevitable para él (30).

Aun cuando el objetivo central de Welzel era la superación de los estrechos marcos del naturalismo y de una teoría causal en franca crisis (31), con lo hasta aquí reseñado sólo puede decirse que si bien la intencionalidad de la acción logra un claro deslinde con el problema puramente causal, esa voluntariedad no es en modo alguno una noción jurídica, sino naturalística, de manera que el concepto final de acción

(26) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, pp. 523 y 524; en favor del dominio del desvalor de acción, Cfr. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch*», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2 Auflage, 1975, §§ 8/47, 8/79, pp. 219 y 238.

(27) Sobre esta y otras críticas Cfr. RUDOLPHI, Hans-Joachim, «*Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*», en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 53.

(28) Para una solución al mencionado problema con base en una teoría totalmente subjetiva del injusto, Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría del delito y desvalor de acción*», editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 612 y ss.; ZIELINSKI, Diethart, «*Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*», Duncker & Humblot, Berlín, 1973, p. 262.

(29) Una exposición de este caso puede encontrarse en la colección oficial de jurisprudencia de la Suprema Corte alemana, tomo 12, pp. 79 y ss. (BGHSt 12, 79). RUDOLPHI reconoce que la acertada solución del caso presupone aceptar una relación entre los desvalores de acción y resultado: Cfr. RUDOLPHI, Hans-Joachim, Maurach-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

(30) Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría...*», *ob. cit.*, p. 295.

(31) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 51 (1931), *ob. cit.*, p. 703.

sigue aferrado a una concepción naturalística similar a la por él combatida. En efecto, lo que en este aspecto hizo Welzel, fue recoger las ideas filosóficas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino (32), en el sentido de que toda conducta humana es por esencia voluntaria y final, de manera que lejos de haberse inventado ese carácter final de la acción, lo que se pretendió fue hacer valer dentro del Derecho penal una característica inherente a la conducta humana: su intencionalidad (33). Por lo demás, los causalistas tampoco negaron nunca el carácter final de la acción humana, sino que, reconociéndolo, le otorgaron importancia sólo en el ámbito naturalístico y no en el jurídico como hiciera posteriormente el finalismo (34).

Pero la propuesta de Welzel no se detuvo en el plano óntico, sino que, por el contrario, dio un importante paso fuera del naturalismo al señalar que los bienes jurídicos no deben ser considerados como entes estáticos, sino como fenómenos capaces de una interrelación social; los bienes jurídicos no son entonces simples piezas de museo que permanecen inertes para ser observadas por los espectadores o investigadores y que resultan negativamente afectadas al menor contacto, sino que forman parte de la vida en sociedad y se encuentran en permanente dinámica (35). Esta afirmación de Welzel representa el más claro intento por abandonar una concepción eminentemente naturalística de la teoría de la acción, puesto que en su nueva concepción de los bienes jurídicos no interesan al Derecho penal todas las lesiones a ellos infringidas, sino sólo aquellas capaces de trastornar las relaciones sociales que ellos comportan; de esta manera, podría decirse, en sentido figurado, que hay lesiones a los bienes jurídicos que por ser «socialmente adecuadas» no interesan al Derecho penal, en tanto que otras afectaciones me-

(32) Debe sin embargo aclararse que ARISTÓTELES tenía una concepción mucho más global de la finalidad, de manera tal que no estaba exclusivamente referido a las conductas humanas, sino que era aplicable a la naturaleza misma; por ello afirmaba que las arañas construían sus redes con determinada finalidad, así como las hojas crecían de determinada manera en las plantas con la finalidad de proteger sus frutos, Cfr. HIRSCHBERGER, Johannes, «*Geschichte der Philosophie*», Herder, Bael-Freiburg-Wien, 8, Auflage, Tomo I, 1965, p. 205. Por el contrario Santo Tomás si refirió concretamente la finalidad a la conducta humana; Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, «*Suma Teológica*», 1-2 q. 1.ª 2 y 1-2 q. 1.ª 3.

(33) El propio WELZEL advirtió con una elegante frase que él no había «inventado» el carácter final de la acción, sino que lo había «encontrado»; Cfr. WELZEL, Hans, «*Um die finale Handlungslehre*», Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949, p. 7 (también en la nota 9 de la misma página); en el mismo sentido, STRUENSEE, Eberhard, «*Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*», en *Jursitzzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1987, p. 54.

(34) Incluso v. BURI afirmaba que la estructura de la voluntad es igual en los delitos dolosos y culposos, y sólo pueden diferenciarse por cuanto en los culposos la voluntad no se dirige a resultados punibles; Cfr. v. BURI, «*Ueber Causalität und deren Verantwortung*», J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), Leipzig, 1873, p. 28.

(35) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, pp. 514 y 515.

recen la intervención del sistema penal por ser «socialmente rechazadas».

El reconocimiento de que toda conducta humana es final acarrió entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad; sin embargo, frente al buen funcionamiento del sistema en relación con los delitos dolosos, pronto se enfrentaron problemas en el ámbito del delito culposo, pues siendo su principal característica la producción de un resultado no querido, el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad. Inicialmente se propuso reconocer que en el delito culposo existe una finalidad, sólo que siendo ella jurídicamente irrelevante conduce a la producción de un resultado penalmente relevante; contra esta solución se dijo, con razón, que suponía el expreso reconocimiento de las fallas del finalismo y su abandono (36). Welzel, por su parte, intentó dos soluciones diversas al problema, la primera de las cuales consistió en hacer referencia a una «finalidad potencial» del actor; se afirmaría entonces que, si bien quien comete un delito culposo no tiene la voluntariedad de causar el nocivo resultado, su conducta le debe ser penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa para evitarlo (37); pese a que esa «finalidad potencial» debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que ella conducía en los delitos culposos a admitir que el resultado es producto de la «causalidad ciega» (38) que el finalismo combatía y que, además, generaba un claro rompimiento entre las concepciones dogmáticas de los delitos culposos y dolosos, afectando la unidad del sistema. La incompatibilidad de una «finalidad potencial» con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto Welzel abandonara este intento de solución reemplazándolo por uno diverso, que descansa sobre la noción del «deber objetivo de cuidado» (39); de acuerdo con esta tesis, en el delito culposo se reprocha la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción. Ahora bien, pese a que la manifiesta «objetividad» de este nuevo concepto pudiera parecer incompatible con una teoría final del injusto, de marcada tendencia subjetiva, la inconsistencia podía ob-

(36) Sobre la propuesta de NIESE y su apreciación crítica, Cfr. STRUENSEE, Eberhard, JZ 1987, *ob. cit.*, p. 55.

(37) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, p. 559.

(38) Fue WELZEL mismo quien sostuvo que en los delitos culposos se trataba de una causalidad ciega; Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, p. 559.

(39) Una mención al deber de cuidado puede verse ya en la primera edición del manual de WELZEL (1947, p. 83). Posteriores defensores del finalismo han mantenido el deber de cuidado como forma de solución a los problemas del delito culposo; así, por ejemplo, KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, p. 115.

viarse recurriendo a la afirmación complementaria de Welzel, en el sentido de que la acción descuidadamente omitida debió ser intencional (40), de manera que en los delitos dolosos es necesario el examen de la conducción final de la acción, mientras en los culposos se centra la atención en la ausencia de la conducción final de una conducta dirigida a evitar el resultado, siendo en todo caso determinante la forma como esa acción final se conduce (41).

Si bien los seguidores del finalismo sostienen que con la correcta aplicación del dolo se resuelven satisfactoriamente todos los inconvenientes que al Derecho penal pueden ser planteados en ese ámbito (42), continuaron enfrentando problemas al ocuparse del delito culposo (43), lo cual lanzó a varios de los discípulos de Welzel en busca de una armonización del sistema, bien a través de la subjetivización total de injusto, restándole toda importancia al desvalor de resultado frente al de acción (44), o bien intentando lo que podría denominarse (parodiando a Binding) la cacería del dolo en el delito culposo (45).

Uno de los más persistentes críticos del finalismo fue Mezger, quien, desde el punto de vista de una teoría causal de la acción, aceptó también el carácter final de la conducta, pero en sentido estrictamente óntico y no jurídico (46); la contraposición puede esquematizarse afirmando que para Mezger la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción, mientras para Welzel la intencionalidad desempeña

(40) Cfr. WELZEL, Hans, «*Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen*», en *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956, p. 423.

(41) Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 130.

(42) Por una categórica afirmación se inclinan por ejemplo STRUENSEE, Eberhard, «*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, Heidelberg, 1987, p. 100; KÜPPER, Georg, «*Grezen...*», *ob. cit.*, pp. 90, 91, 93, 99 y 115; por una cautelosa afirmación admitiendo la existencia de algunas excepciones KAUFMANN, Armin, «*'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?*», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, I, Volumen, *ob. cit.*, pp. 260 y 261.

(43) Cfr. STRUENSEE, Eberhard, *JZ* 1987, *ob. cit.*, p. 55.

(44) Un estudio del tratamiento dado por WELZEL, KAUFMANN y ZIELINSKI a los desvalores de acción y resultado, puede verse en SCHÜNEMANN, Bernd, «*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*», en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1975, p. 443. Importantes defensores de la subjetivización total del injusto son ZIELINSKI en Alemania y SANCINETTI en Latinoamérica; Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría...*», *ob. cit.*; ZIELINSKI, Diethard, «*Handlungs...*», *ob. cit.*

(45) BINDING, Karl, «*Die Normen und ihre übertretung*», Scientia Verlag Aalen, 1965. Utrecht. Tomo IV (Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1919), p. 328.

(46) Cfr. MEZGER, Edmund, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1953, I. Volumen, p. 3.

un papel determinante dentro de su sistema penal, puesto que, en pureza de términos, más que una teoría de la acción final, desarrolló él una teoría final del injusto. El enfrentamiento no gira entonces en derredor de un carácter final de la acción, que es comúnmente reconocido por los dos autores, sino en torno a la relevancia jurídica que él debe tener; en modo alguno se niega la finalidad de la acción, sino la finalidad en el sentido de la ley; por ello indicó Mezger, como fundamental error del finalismo, el desconocer que adicionalmente a la finalidad que es propia de las conductas dolosas y culposas, existe una segunda intencionalidad, exigida por la norma en delitos diversos de los culposos; el error del finalismo estaría pues en trasladar directamente la finalidad propia de una acción óntica al plano jurídico, cuando en verdad se debería dejar incólume la intencionalidad que en el mundo naturalístico es inherente a cada conducta, para adicionalmente reconocer la existencia de otra finalidad que sería eminentemente normativa, pero restringida al delito doloso; por lo demás, para Mezger la existencia legal de los delitos culposos indica, inequívocamente, que el derecho vigente conoce muchas conductas (y actores) sin dolo, esto es, sin una relación final legal (47).

Los resultados prácticos a los que estas dos diversas concepciones del delito arriban, pueden apreciarse mejor con el frecuente ejemplo del codicioso sobrino que persuade a su tío rico de emprender un viaje en avión, con la esperanza de que la aeronave se accidente y anticipe de esta forma la recepción de la herencia, como en efecto ocurre. En casos como el descrito, un defensor de la teoría causalista podría admitir que el sobrino desplegó una conducta típica, pero elude su responsabilidad a través de la antijuridicidad (si se admitiera en dicha sede la inevitabilidad) o por ausencia de culpabilidad (falta de dolo), en tanto que un finalista podría recurrir igualmente al argumento de la ausencia de dolo; pero como para él ese dolo forma parte del juicio de tipicidad, arribaría a la conclusión de que el sobrino no debe responder penalmente por la muerte del tío rico debido a la atipicidad de su conducta (48).

2. Una concepción valorativa

En la afirmación hoy generalmente aceptada de que el Derecho penal es un mecanismo normativo de control social, pueden observar-

(47) Cfr. MEZGER, Edmund, «*Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen*», en *Juristenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 312 y 313.

(48) Un análisis similar, con una acertada crítica a la solución finalista mediante el empleo del dolo, puede verse en ROXIN, Claus, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, páginas 237, 238, 240 y 241.

se a primera vista nociones que, como la de normatividad y sociedad, son por completo ajenas al ámbito puramente naturalístico, en cuanto la sociedad constituye una superestructura artificialmente construida por el hombre con la finalidad de armonizar la convivencia entre grupos de individuos, lo cual se busca preferentemente a través de la imposición de preceptos generales diseñados para la regulación de esa vida del hombre en sociedad; por ello las leyes que conforman una ciencia jurídica no son equiparables a las leyes naturales, pues cada una tiene orígenes y pretensiones diversas, así como los grupos de convivencia puramente animal no pueden tampoco equipararse a la estructura social propia del ser humano. De manera didáctica, puede generalizarse esta afirmación refiriéndola a las simples asociaciones que en diversos ámbitos existen, para decir que, por ejemplo, una asociación (sociedad) de futbolistas o ajedrecistas sólo existe en cuanto los individuos que la conforman conozcan y acepten cumplir las reglas de la respectiva actividad deportiva, de manera que quien toma el balón con las manos y golpea con sus puños a los integrantes del equipo adversario hasta dejarlos inconscientes no está jugando al fútbol, así como el boxeador que golpea a su adversario con un garrote no está boxeando (49). Por ello, deben ser claramente diferenciados los planos naturalístico y valorativo (normativo) en que se desarrolla nuestra existencia, sin que con esto se desconozca la importancia de esos dos ámbitos, puesto que una normatividad no tiene sentido alguno sin un mundo natural al cual regir, esto es, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural.

Lo que en el fondo hace una teoría causalista del delito, es trasladar conceptos eminentemente naturalísticos al plano valorativo para construir con ellos un sistema normativo, con lo cual no se limita (como debería hacerlo) a reconocer la presencia de los mundos natural y normativo, sino que los confunde; en efecto, con nuestros actuales conocimientos científicos, nadie puede negar la existencia de determinados preceptos naturales como la ley de la gravedad, pero ello no quiere decir que un sistema penal deba ser construido con dichos preceptos, pues ningún sentido tiene conminar con una pena a quien desconozca la ley de la gravedad, pues con o sin la superestructura normativa, la naturaleza seguirá cumpliendo y haciendo cumplir sus propias leyes. El derecho, en cuanto pretenda seguir siendo un meca-

(49) HRUSCHKA va aún más lejos al señalar que quien no cumple con las reglas de las asociaciones, o aun de la misma sociedad, se está «autoexcluyendo» de la sociedad; un análisis crítico de las implicaciones que tal afirmación lleva consigo desde el punto de vista de las relaciones de poder que manejan la sociedad excede los límites de este trabajo; Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen der Zurechnung*», Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pp. 50 y 51.

nismo de control social, debe orientar sus esfuerzos a la construcción de un sistema dirigido exclusivamente a la regulación de las relaciones sociales y no de las naturales; por supuesto que el Derecho penal tiene que aceptar el mundo óptico en el cual se desarrolla la vida social del hombre, pero sus esfuerzos deben encaminarse a la regulación de las relaciones entre hombres como parte de la sociedad y no a toda manipulación de las relaciones entre el hombre y su entorno natural. El sistema causalista de la teoría del delito no sólo se equivocó al querer hacer valer la ley natural de la causalidad como elemento central del Derecho penal, sino que además llegó a excesos tales como el de hablar de una interrupción de nexos causales que la naturaleza desconoce por completo, con lo que no sólo pretendió hacer girar al mundo normativo en derredor de un precepto natural, sino que además lo distorsionó.

El análisis de la teoría propuesta por Welzel es un tanto menos simple, pues ella tuvo dos grandes postulados, uno de los cuales hace referencia exclusiva al aspecto subjetivo como principio rector de su sistema penal (lo cual dio origen al finalismo), mientras el otro se enfoca primordialmente a la consideración de las relaciones sociales. Pese a este evidente doble fundamento de la teoría, el hecho es que el propio Welzel hiciera mayor énfasis en la intencionalidad como el elemento básico de su sistema, la circunstancia de que sus críticos hubieran dirigido preferencialmente sus objeciones en contra de tal pretensión y finalmente, el hecho de que la mayoría de sus discípulos centraran sus esfuerzos en el perfeccionamiento de ese aspecto subjetivo, opacaron por mucho tiempo el componente social del sistema propuesto por Welzel. De esta manera, si hacemos exclusiva referencia al factor intencionalidad propuesto por el finalismo como mecanismo de distinción entre la «causalidad ciega» y la conducta que interesa al Derecho penal, debe decirse que si bien con ello logró un deslinde entre hechos naturales y los actos del hombre, no abandonó en modo alguno el ámbito naturalístico, puesto que la intencionalidad de la acción no es un atributo jurídico de la conducta humana sino una de sus principales características ópticas. Por eso puede serle igualmente reprochada al finalismo su insistencia en pretender construir un sistema normativo de control social (el Derecho penal) con el empleo de conceptos naturalísticos (50); esa es la explicación de que su noción óptica de conducta intencional le haya generado tantos problemas en el campo de los delitos de omisión y en los delitos culposos, puesto que, siendo éstas dos modalidades delictivas una clara construcción normativa, no podían ser

(50) MAINHOFER sostiene también que el finalismo no logra superar el naturalismo, sino tan sólo los problemas derivados de la causalidad; Cfr. MAINHOFER, Werner, «*Der soziale Handlungsbegriff*», en *Festschrift für Eberhard Schmidt, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, Göttingen 1961*, p. 160.

reguladas por nociones naturalísticas; no existen leyes naturales para regir las omisiones o la imprudencia porque en la naturaleza no hay ni imprudencia ni omisiones.

Sólo el penúltimo de los discípulos de Welzel, Günther Jakobs, escapó en forma paulatina pero completa a la fascinación de la intencionalidad como ingrediente óptico del finalismo y centró sus esfuerzos en el desarrollo del segundo gran pilar de la propuesta welzeliana, aquel que abandonaba el plano eminentemente naturalístico para analizar en su lugar las relaciones del hombre en sociedad. Tal como en páginas anteriores lo explicamos, al ocuparse del análisis de los bienes jurídicos criticó Welzel una consideración propiamente estática de ellos que los equipararía a simples piezas de museo, y sostuvo que deberían ser considerados en su función dinámica de interrelación social. Ello explicaría la falta de interés del Derecho penal en casos donde, existiendo una aparente lesión a un bien jurídico, esa afectación no crea conmoción en las relaciones sociales; de esta manera, las propinas que se dan como obsequio navideño a los carteros o recolectores de basura deberían ser tenidas como punibles dentro de una concepción estática de los bienes jurídicos, así como también cada trabajo supone una afectación corporal y el empleo de medios masivos de transporte suele acarrear violaciones a la libertad de locomoción de los pasajeros, pero con un concepto social de bien jurídico no deben ser penalmente reprochables en cuanto no atentan contra la dinámica de las relaciones de la vida social, sino que, por el contrario, pueden ser tenidas como socialmente adecuadas, en cuanto no exceden un aceptado grado de tolerancia (51). Sin embargo, Welzel enfrentó serios problemas para la precisión del concepto de adecuación social y vaciló reiteradamente sobre su ubicación dentro de la teoría final del injusto (52).

(51) Cfr. WELZEL, Hans, «*Studien zum System des Strafrechts*», en una posterior recopilación de sus artículos que lleva por título «*Abhandlungen zum Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1975, pp. 140 y 141; en el mismo sentido puede consultarse, por ejemplo, DONATSCH, Andreas, *SchwZStr* 107 (1990), *ob. cit.*, p. 411; JAKOBS, Günther, «*Das Fahrlässigkeitsdelikt. Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Tübingen, 1974*», *Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, p. 13; JAKOBS, Günther, «*Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 2. Auflage, 1991, Rd. 7/4a.

(52) En efecto, pese a ser inicialmente ideada por WELZEL como un mecanismo excluyente de tipicidad (Cfr. WELZEL, Hans, «*Abhandlungen...*», *ob. cit.*, p. 152), fue posteriormente considerada por el mismo autor como una causal genérica de justificación (Cfr. WELZEL, Hans, «*Das Neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*», Verlag otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961, 4.ª Auflage, página 25; WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, desde la 4.ª hasta la 8.ª edición) pero unos años después la radicó nuevamente en el ámbito de la tipicidad (Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, 9.ª Auflage, 1965, pp. 50 a 52).

Al Derecho penal como mecanismo de control social le interesa entonces no una colección de bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en sociedad (53). Independientemente del sistema político ocasionalmente imperante, el funcionamiento de una agrupación social a través de una normatividad supone, de una u otra manera, que a cada individuo le esté permitido el despliegue de determinadas actividades y eventualmente que le sea exigido el desarrollo de otras, por lo que puede afirmarse que el derecho es un generador de *expectativas* a nivel social, cuya inobservancia es considerada como una *defraudación* (54). Si bien es cierto que la existencia de la sociedad depende del cumplimiento de los preceptos que le dan cohesión, también es verdad que no a todas las personas les son exigidas las mismas conductas, pues sólo una diversificación de funciones puede permitir la subsistencia de un conglomerado tan complejo; por eso las expectativas derivadas del ente social son diversas y cada persona está obligada solamente a cumplir aquellas que caen dentro de su ámbito de organización, vale decir, aquellas que le han sido asignadas para desempeñar su función social. Para expresarlo con conceptos provenientes de la sociología, diremos que cada individuo posee determinados roles, cuyo contenido está representado justamente por expectativas de comportamiento social, de tal manera que cuando éstas no son llenadas surgirá una defraudación entendida como imperfecta ejecución de un rol. En verdad, no se trata tan sólo de un mecanismo exclusivo de la sociedad, sino que es propio de cualquier asociación que pretenda funcionar en forma coherente, pues un partido de fútbol sería difícilmente imaginable si los guardametas no se limitaran a cumplir sus funciones sino que pretendieran servir como jueces, mientras los árbitros olvidaran las suyas y pretendieran tomar parte activa en el partido cobrando tiros libres, o lo hicieran los técnicos, los recogebolas o los espectadores, ol-

(53) Cfr. JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», próximamente en: *Schriften der Juristische Studiengesellschaft Regensburg e. v. München*; KAHLO, Michael, «*Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, pp. 260, 261 y 339; KRATZSCH, Dietrich, *Oehler-Festschrift*, *ob. cit.*, pp. 68, 69, 78 y 79.

(54) Una detallada exposición de los conceptos «expectativa» y «defraudación» en la sociología del Derecho puede encontrarse en la obra de LUHMANN, para quien las expectativas de comportamiento congruentes, generalizadas y normativas constituyen el Derecho dentro de un sistema social; o expresado de otro modo, el Derecho es la estructura de un sistema social que se basa sobre una generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento; por ello, quien no responde a esas expectativas ha defraudado con su comportamiento; Cfr. LUHMANN, Niklas, «*Rechtssoziologie*», Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, 3 Auflage, pp. 55, 99 y 105. Estos conceptos fueron llevados al Derecho penal por JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, Rd. 7/37.

vidando lo que a cada uno de ellos les corresponde dentro del «mundo del fútbol».

En la vida social que el Derecho penal pretende controlar, existen pues múltiples *ámbitos de competencia* (55) y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia; aquí podemos nuevamente usar el ejemplo del deporte como asociación, pensando en lo que dentro de él es exigible a los integrantes de un equipo de dobles en tenis de mesa, donde las reglas señalan que los jugadores de un mismo equipo deben golpear la bola sólo en forma alternativa, de manera que aun cuando en una situación comprometida uno de los jugadores pudiera pasar la bola por estar en mejor situación que su compañero, no debe hacerlo si no le corresponde porque no es su turno. Recurriendo a una ilustrativa frase de Jakobs, puede decirse que en el mundo social *no todo incumbe a todos* (56), puesto que cada persona está sólo obligada a comportarse de acuerdo con lo que la sociedad le exige. De incorrecta calificó Kaufmann, a esta que llamó «sugestiva frase», con el argumento de que «a cada homicida le incumbe su víctima» (57), lo cual es cierto sólo en la medida en que ya esté claro que «homicida» es quien ha desplegado la conducta penalmente relevante de matar a otro; pero la pregunta de la imputación objetiva es justamente anterior (58) en cuanto busca determinar quién es (en este ejemplo) el homicida, a quién le debe ser imputada una muerte, o en forma más sencilla, a quién le incumbe esa muerte; por supuesto que le incumbe al homicida, pero ¿quién es para el Derecho penal el homicida? Visto de esta manera, es válido afirmar que como el individuo debe llenar las expectativas de comportamiento que permitan la armónica convivencia social, cada persona tiene *posición de garante* (59) frente a esas expectativas y cada vez que un individuo las *defraude* total o parcialmente habrá ingresado al campo de acción del Derecho penal; por ello, en una sociedad *todos somos garantes* en relación con determinadas actividades.

(55) Sobre la importancia de los ámbitos de competencia en Derecho penal Cfr. JAKOBS, Günther, «*Tättervorstellung und objektive Zurechnung*», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, página 284; JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, Rd. 7/4a y 7/28; JAKOBS, Günther, «*Behandlungsabbruch auf Verlangen und §216 StGB (Tötung auf Verlangen)*», en *Festschrift für Günther Schewe*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Honk Kong-Barcelona, 1991, p. 74; KRATZSCH, Dietrich, *Oehler-Festschrift*, *ob. cit.*, pp. 77 y 78.

(56) Cfr. JAKOBS, Günther, *ZStW*, 1977, Tomo 89, *ob. cit.*, p. 30.

(57) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, *ob. cit.*, p. 270.

(58) Cfr. JAKOBS, Günther, *Kaufmanns-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, p. 276.

(59) Sobre una posición de garante no referida exclusivamente al delito omisivo sino a toda la teoría del delito, Cfr. JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, Rd. 7/58.

La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado; y eso no es únicamente válido a nivel del Derecho penal, sino que aun en forma inconsciente lo empleamos en nuestra vida cotidiana, pues a nadie se le ocurre hacerle reclamos al repartidor de periódicos por la mala redacción de una información, ni al final de la transmisión radial de un concierto se censura al técnico de sonido por la desafinada ejecución del pianista, ni al mesero se le felicita por lo exquisito de la comida (60), así como tampoco se reprocha al constructor de las porterías el mal desempeño del equipo de fútbol, ni se riñe con el cartero por entregar facturas de cobro. No se puede negar que el repartidor de periódicos forma parte del personal del informativo, ni se desconoce que el constructor de las porterías posibilita el desarrollo del partido de fútbol, no se ignora que el técnico de sonido forma parte del personal que organiza el concierto, ni se niega que el mesero es empleado del restaurante, ni que el cartero ha repartido las facturas; lo que ocurre es que, a pesar de que cada uno de ellos es parte de esas respectivas organizaciones, a cada uno de ellos les han sido asignadas funciones distintas (es decir, cada cual posee sus propios roles), y sólo pueden serles reprochadas o aprobadas conductas ejecutadas dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, ya que sólo por la buena ejecución de sus funciones pueden ser premiados o censurados, pues por su buen resultado son garantes. En la obra de Gabriel García-Márquez, titulada «Crónica de una muerte anunciada», se relata un caso verídico ocurrido en Colombia a comienzos de este siglo, el cual gira en derredor de un homicidio; una mujer fue retornada por el esposo a su familia después de la noche de bodas al descubrir que ella no era virgen, razón por la cual los hermanos de la desventurada novia sienten el deber de vengar su mancillado honor con la muerte de quien había profanado a la doncella; con excepción de quien habría de morir, todo el pueblo conocía lo que ocurriría y, sin embargo, nadie intervino para impedir la anunciada muerte que a la postre se consumó. Desde nuestro punto de vista, no tendría sentido que todos los habitantes hubieran sido procesados por homicidio, ya que, independientemente de los deberes propios de solidaridad, a ellos no les incumbía esa muerte, excepción hecha de personas que, como el alcalde, sabían del planeado homicidio y nada hicieron por evitarlo, debiendo haberlo hecho en virtud de las funciones que les correspondía desarrollar dentro de la comunidad social.

(60) Cfr. JAKOBS, Günther, Kaufmann-Festschrift, *ob. cit.*, p. 285.

La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad, sólo quien con respecto a determinada situación es garante (en cuanto de él se espera socialmente un determinado comportamiento) actúa en sentido jurídico-penal, por manera que la labor fundamental del Derecho penal es la individualización de quien, por haber faltado a su posición de garante, lesionó los intereses sociales. Debe quedar claro que la acción naturalística con el factor intencional que le es inmanente no es negada por el Derecho penal, sino que su interés no se centra en el sentido naturalístico de la conducta, sino en su significación social. Pero así como no toda conducta entendida naturalísticamente como movimiento corporal interesa al Derecho penal, asimismo la conducta en su sentido óntico seguirá siendo intencional, pero al Derecho penal sólo alguna parte de esa subjetividad le resultará importante, como, por ejemplo, para los reproches a título de dolo.

Ahora bien, en un Derecho penal edificado sobre una concepción social y dinámica de los bienes jurídicos, en donde lo que interesa realmente son las expectativas de comportamiento que de cada persona se poseen y las eventuales defraudaciones que a esas expectativas se produzcan, pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad (en su aspecto positivo) como elementos independientes de la teoría del delito, puesto que la simple adecuación formal de una conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad) no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no ha atentado contra las relaciones sociales; por manera que cuando un boxeador profesional causa dentro de un combate oficial heridas o contusiones en el rostro de su adversario mediante golpes reglamentarios, habrá cometido formalmente un delito de lesiones personales, pero ningún sentido tendría iniciarle un proceso dentro del cual calificar su comportamiento de típico, para a continuación exonerarlo de responsabilidad por falta de antijuridicidad al haber desarrollado una actividad socialmente aceptada.

Tal como en el siguiente acápite se desarrollará al ocuparnos de la estructura de esta teoría, en la imputación objetiva lo determinante es si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando así una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción, esa consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con base en una teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del «injusto». Como quiera que con fundamento exclusivo en consideraciones generales que permitan establecer cuándo una conducta abstractamente considerada defrauda las expectativas de comportamiento social resulta imposible

la concreción de un juicio de responsabilidad penal, que por esencia es de carácter individual, es indispensable que, como complemento de la imputación objetiva, se analice el comportamiento del autor, no ya como un genérico portador de roles, sino como individuo; ese aspecto individual de la conducta escapa a las consideraciones genéricas propias de una imputación objetiva y debe ser analizado dentro del ámbito de la culpabilidad, a través de la que podría denominarse la imputación subjetiva. En síntesis, puede afirmarse que el contenido de una conducta «injusta» es labor de una teoría de la imputación objetiva (61), mientras el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva.

Con esta concepción valorativa de la teoría del delito, el dolo no puede ser parte del injusto, sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, en cuanto nada tiene que ver con la genérica determinación de si una conducta se ha desarrollado o no conforme a las expectativas de comportamiento social que se derivan de la existencia de diversos roles, sino que atañe directamente a consideraciones de carácter individual. El desplazamiento que del dolo se hizo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad sólo tuvo su justificación cuando con la teoría final del injusto se pretendieron superar los problemas del causalismo mediante la sobrevaloración de la intencionalidad como elemento central de la teoría del delito; pero abandonada una concepción final del injusto en favor de un sistema valorativo como el aquí propuesto, el dolo debe ser analizado en la culpabilidad como aspecto *individual* de la conducta, y no dentro de una teoría de la imputación objetiva, que no se ocupa de consideraciones individuales, sino del análisis de *expectativas generales de comportamiento*.

El análisis del dolo dentro de la imputación subjetiva no supone en modo alguno el desconocimiento de que toda conducta humana, naturalísticamente entendida, tiene un componente intencional; lo que supone en verdad, es el reconocimiento de que la distinción que desde el punto de vista natural se hace entre lo objetivo y lo subjetivo no coincide necesariamente con la diferenciación que de dichos conceptos hace el Derecho penal. Es claro que desde un punto de vista naturalístico es impensable una conducta sin la existencia del aspecto subjetivo (prescindiendo desde luego de la polémica sobre si los actos reflejos consti-

(61) En forma similar a como HONIG señaló que la tipicidad no es un correctivo, sino el fundamento del concepto de conducta, afirmamos nosotros que la imputación objetiva no es un simple corrector o limitador, sino el fundamento mismo de la conducta penalmente relevante. Por lo demás, aun cuando Armin KAUFMANN escribió un completo artículo en contra de la imputación objetiva, en él reconoció expresamente que sus críticas no alcanzaban a afectar (salvo en forma marginal) una concepción integral de la teoría de la imputación objetiva; Cfr. KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, p. 253.

tuyen o no una manifestación de la conducta), pero ello no significa que toda subjetividad sea de interés para el Derecho penal y que toda manifestación de la subjetividad deba ser objeto de un análisis dentro del ámbito de la imputación subjetiva (62). Hegel precisó, con notable claridad, que se actúa sobre lo que está en el mundo («Dasein») en el sentido de que se actúa en relación con algo de lo cual se posee una previa representación; esa representación anticipada de lo existente, que condiciona toda conducta, es lo que Hegel denominó «dolo», con lo cual otorgó a dicha expresión una significación diversa de la que suele serle atribuida en el ámbito del Derecho penal (63); en consecuencia, precisó Hegel, al querer sólo le es imputable aquello que conoce, lo cual constituye un derecho absoluto del hombre libre (64); con la expresión «dolo» precisa Hegel que la voluntad, el querer, supone siempre una representación de la existencia sobre la cual se actúa, de tal manera que, según él, quien en las tinieblas dispara sobre un arbusto matando con ello a un hombre, ha matado, pero no ha cometido un homicidio, en cuanto el autor no tuvo «dolo», es decir, en cuanto el autor no poseía una representación sobre la realidad, puesto que no sabía que disparaba sobre un hombre (65).

Esa representación de la realidad es un presupuesto indispensable del injusto penal, porque la prohibición de disparar sobre hombres supone siempre que el actor sepa que está disparando sobre hombres, así como la prohibición de hurtar cosas ajenas supone siempre que el autor sepa que está apropiándose de una cosa mueble ajena. De esta manera, quien se apropia de una cosa sin conocer su ajenidad (*porque nadie en su lugar hubiera podido conocerla*), no ha creado un riesgo desaprobado, puesto que no tenía la representación de esa realidad sobre la cual actuaba, de tal manera que su conducta no le será objetivamente imputable y sólo en el evento de que un reconocimiento hubiera sido posible para una persona en sus circunstancias, el problema se desplazaría del ámbito del injusto (que estaría entonces completo) al del error como parte de una teoría de la imputación subjetiva. Desde el punto de vista de la imputación objetiva es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamiento, las cuales, a su vez, presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; las expectativas de comportamiento se basan entonces en los conoci-

(62) En contra HIRSCH, para quien los conceptos de objetividad y subjetividad no están a disposición de la dogmática; Cfr. HIRSCH, Hans-Joachim, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, *ob. cit.*, p. 407.

(63) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 356; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlagen...*», *ob. cit.*, § 117.

(64) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 359.

(65) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 358 y 359.

mientos y capacidades que un garante debe poseer. Eventualmente puede serle exigida a una persona la activación de sus conocimientos o capacidades especiales, pero ello dependerá siempre de que en virtud de su posición de garante exista para él un deber de actuación frente a determinadas situaciones.

Con esto se produce un replanteamiento de las soluciones que tradicionalmente se han ofrecido para distinguir entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito, cuyo deslinde ha enfrentado serios problemas en el transcurso del presente siglo. En efecto, sólo varios años después de que Beling diseñara una teoría del delito en la cual el injusto correspondía inequívocamente al aspecto externo u objetivo de la conducta, mientras la culpabilidad se ocupaba de su aspecto subjetivo o interno, surgieron los primeros problemas con la aparición en el campo de la dogmática de los denominados elementos subjetivos del tipo, los cuales hicieron perder solidez a las distinción planteada entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito (66). En un intento por devolver la armonía al sistema, propusieron Mezger y Maurach que dentro del injusto se analizara sólo la contraposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico, mientras dentro de la culpabilidad se debería efectuar el juicio de imputación personal de la conducta al autor, lo que equivalía a adjudicar al injusto un *juicio sobre el autor*; Welzel, por su parte, planteó la determinación del injusto con base en la voluntad del autor, despojando así a la culpabilidad de su monopolio sobre el aspecto subjetivo del delito.

La propuesta de atribuir al injusto exclusivamente la valoración del hecho carece de sentido, puesto que el Derecho penal no se ocupa de simples fenómenos naturales, sino de modificaciones del mundo exterior derivadas de conductas humanas; por eso el injusto no puede limitarse a emitir juicios puros sobre los hechos, sino que debe tener necesariamente en cuenta al autor de ellos, pues no de otra forma se explica que, si se tuviera en cuenta sólo el aspecto objetivo, determinadas conductas no podrían ser consideradas como típicas. Así, por ejemplo, la conducta del comensal que en un restaurante toma por equivocación el abrigo ajeno, no puede diferenciarse en su simple exterioridad del comportamiento de quien, conociendo su ajenidad, toma el abrigo con la intención de apoderarse de él. Por eso puede decirse que, desde el punto de vista estrictamente naturalístico, tenía razón Welzel cuando afirmó que el hecho que interesa al Derecho penal posee siempre un aspecto subjetivo, en cuanto proviene de un ser humano; sólo que, pretender edificar el injusto a partir de la subjetividad del autor, como lo propuso Welzel, es desconocer que el derecho sólo

(66) Cfr. MAIHOFFER, Werner, «*Der Unrechtsvorwurf*» en *Festschrift für Theodor Rittler*, Verlag Scientia, Antiquariat, Aalen, 1957, *ob. cit.*, p. 141.

se ocupa de los hombres en cuanto ellos conforman una comunidad social para cuya organización ha surgido aquél como garantía de una pacífica y armónica convivencia; esta subjetivización del injusto supone no sólo el traslado de conceptos naturalísticos al plano jurídico, sino que equivale a desconocer que una determinada actividad sólo debe ser calificada de injusta en cuanto lesione expectativas de comportamiento social.

La distinción que dentro del Derecho penal debe hacerse entre los planos objetivo y subjetivo debe entonces obedecer a parámetros diversos de los puramente naturalísticos. Dentro del injusto interesa siempre la conducta del ser humano, pero no considerado como un individuo, sino como un hombre del que como portador de roles se esperan determinadas formas de comportamiento; esto no supone negar la presencia del ser humano para centrar el análisis sobre el hecho, sino que, por el contrario, implica su admisión como un sujeto que para ejercer su rol debe poseer una representación de la realidad sobre la que actúa. Por eso, mientras las expectativas sociales, tanto sobre los conocimientos que cada portador de roles debe poseer como los que efectivamente posee, forman parte del injusto, porque permiten precisar la conducta que de ese portador de roles se espera, la subjetividad, en cuanto hecho psíquico individual, pertenece a la culpabilidad (67). Aun cuando la existencia de expectativas de comportamiento así fundamentadas son predicables tanto respecto de los delitos dolosos como de los culposos, a manera de comparación podría recurrirse a una distinción que tradicionalmente suele hacerse entre los aspectos cognoscitivo y volitivo del dolo, para afirmar que mientras el aspecto volitivo es materia que atañe a la imputación subjetiva, *el aspecto cognoscitivo es parte esencial de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predicen los deberes que emergen de los diversos roles sociales.*

La separación entre esta representación como presupuesto de una actuación y el contenido de una imputación subjetiva se evidencia con la circunstancia de que, una vez conocida esa representación previa, no está necesariamente satisfecho el aspecto subjetivo del

(67) Ya MAIHOFFER había señalado en forma similar, que dentro del injusto debería analizarse lo que «un hombre razonable» podía y debía haber hecho en la situación del autor, mientras dentro de la culpabilidad debería estudiarse lo que «el individuo en sí mismo» podía y debía hacer en la respectiva situación; como consecuencia de ello, planteó una teoría del delito con cuatro niveles; dentro del injusto debería ser considerados el hecho y el autor en forma general, y dentro de la culpabilidad nuevamente esos dos elementos, pero en forma individual; Cfr. MAIHOFFER, Werner, Rittler-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 147 y 153 y siguientes.

delito (68); así, por ejemplo, la mera circunstancia de que alguien conozca la condición de hemofílico de otro, no significa por sí misma que cuando se lo golpea se haya actuado dolosa o culposamente, puesto que ambas manifestaciones de la subjetividad son posibles en el mencionado ejemplo; así, quien conoce la calidad de hemofílico de un vecino, está obligado a no propinarle golpes que sean peligrosos para dicha persona (aspecto objetivo), siendo no obstante probable que le produzca la muerte porque mientras manejaba descuidadamente una herramienta le produjo una pequeña lesión (homicidio culposo) o porque con la intención de matarle le haya ocasionado una herida (homicidio doloso).

Otra importante consecuencia de esta concepción valorativa del delito es la de regresar a un sistema penal unitario, donde desde el punto de vista objetivo no existe diferencia en el tratamiento de los delitos dolosos y culposos. La exposición que posteriormente realizaremos sobre el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva demostrará cómo no existen en este plano diferencias entre estas categorías delictivas, por manera que una conducta será objetivamente imputable con absoluta independencia de si ha sido desplegada dolosa o culposamente, distinción ésta que sólo tendrá relevancia dentro del estudio posterior de la imputación subjetiva.

Finalmente, en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que lo que al Derecho penal incumbe como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación; de esta manera, ni en el plano naturalístico existen las omisiones, ni resulta de utilidad dentro del Derecho penal el mantenimiento de la distinción entre acciones y omisiones, pues la *posición de garante*, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita, como aquí ha sido expuesto. Quien por dar muerte a otro no se comporta de acuerdo con las expectativas sociales y con ello provoca quebrantamiento de las normas, se coloca bajo la esfera de actuación del Derecho penal, independientemente de la forma concreta como desplegó su actividad, bien sea oprimiendo el disparador de un arma de fuego o dejando de alimentar a quien se tenía la obligación de nutrir (69).

(68) Consideran que la imputación sigue siendo «objetiva» en cuanto no se ocupa de los fenómenos del dolo y la culpa, MIR PUIG, Santiago, «Derecho Penal - Parte General», Promociones Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 2.ª edición, 1985, página 192; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 250. Sobre lo «objetivo» de una teoría de la imputación objetiva, Cfr. infra III-C.

(69) Sobre la irrelevancia de distinguir entre acciones y omisiones dentro de un correcto entendimiento del concepto jurídico-penal de «conducta», JAKOBS, Günther, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *ob. cit.*

De esta forma se consigue una perfecta separación entre los planos naturalístico y normativo (70), de manera que en cuanto el Derecho penal trabaje con conceptos valorativos (71) no enfrentará problemas con el concepto de omisión (como sí ocurre con las concepciones naturalísticas de la teoría del delito) pues él nada tiene que ver con la naturaleza; ningún papel desempeña un concepto autónomo de omisión en un sistema del delito donde lo determinante es la existencia de lesiones a la vida de relación social, o expresado de otra forma, donde lo que interesa es la existencia de defraudaciones a las expectativas sociales. También se eludirán los inconvenientes propios de los delitos culposos, en cuanto allí no desempeñará papel determinante la intencionalidad real o potencial (como sí ocurría con el finalismo). De la misma manera perderá total importancia la artificiosa y extensa discusión sobre si el desvalor de acción es más o menos importante que el de resultado, pues es innegable que en el plano naturalístico siempre habrá resultados como modificaciones del mundo exterior, mientras en el ámbito jurídico también habrá siempre resultados, pero como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas sociales penalmente relevantes. Asimismo pierde trascendencia la discusión sobre la necesidad de valorar la importancia del aspecto subjetivo propio de las tentativas, en cuanto se distingue claramente entre la subjetividad natural que, siendo immanente a cada conducta humana sólo interesa desde el punto de vista naturalístico, y aquellos componentes subjetivos que poseen relevancia para el Derecho penal; por supuesto, quedará aún por discutir cuál es el verdadero fundamento de las tentativas y qué grado de arbitrariedad existe en su punición, pero ese es un estudio que desborda las fronteras propias de este trabajo.

En síntesis, de entre las muchas conductas que naturalísticamente son desplegadas por el ser humano, sólo incumben al Derecho penal aquellas que suponen un atentado contra los intereses sociales (72), lo

(70) Desde luego no podemos compartir la afirmación de BUSTOS en el sentido de que la imputación objetiva confunde los planos naturalísticos y normativo; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 218.

(71) Sobre la imputación objetiva como perteneciente a un ámbito normativo y no naturalístico Cfr. HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», en Festgabe für Reinhart von Frank, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, Tomo I, pp. 178, 179, 180 y 182; JESCHECK, Hans-Heinrich, «Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil», Duncker & Humblot, Berlín, 4. Auflage, 1988, páginas 249 y 250; LARENZ, Karl, «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, p. 62; ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, página 133.

(72) Desde nuestro punto de vista tampoco tiene fundamento el reproche que BUSTOS hace a la imputación objetiva en el sentido de desconocer la interacción social, puesto que sólo con base en el reconocimiento de la actividad social tiene sentido una teoría de la imputación objetiva como la aquí desarrollada; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 219.

que significa que no todo resultado exterior, ni toda la subjetividad del actuar humano interesan al Derecho penal. Cuáles son esas conductas defraudadoras que al Derecho penal le incumben, es algo que la teoría de la imputación objetiva debe determinar, en la forma como el desarrollo de este trabajo lo indicará; la función que una teoría de la *imputación* está llamada a desempeñar es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado «el concepto jurídico-penal de conducta», con lo que puede concluirse que, *para el Derecho penal, es acción toda causación imputable*. De esta manera, el concepto jurídico de penal de acción surge cuando existe una conducta «injusta» y «culpable» (73), es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva. Sin lugar a dudas estamos frente a una nueva concepción del sistema penal (74) desarrollada en derredor de una teoría de la imputación (75) que implica no sólo el abandono del planteamiento causalista, sino además la superación total de la teoría final del injusto (76).

(73) En este sentido se pronuncia JAKOBS, para quien en Derecho penal sólo es conducta una acción después de haber sido desvalorada por el injusto y la culpabilidad; Cfr. «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.* Para ROXIN la imputación objetiva en el sentido de HONIG requiere también un concepto normativo de conducta, sólo que cuando él califica esa conducta como una acción personal imputable, precisa que eso no implica una nueva definición de conducta, sino tan sólo la construcción de un principio conductor metódico; Cfr. ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 145. Por ello ROXIN no desarrolla a partir de la imputación objetiva un verdadero sistema penal como el aquí defendido, pues por lo demás no niega del todo la importancia de la finalidad dentro del Derecho penal; Cfr. *Ibidem*, pp. 148 y 149.

(74) Ya los primeros trabajos aislados sobre los temas de imputación y culpabilidad habían permitido a algunos visionarios prever el surgimiento de un nuevo sistema penal; Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso, «*Derecho Penal*», editorial Temis, Bogotá, reimpresión de la undécima edición, 1990, p. 21, quien en la última edición que en 1985 hizo de su obra, incluyó dentro del recuento de las principales escuelas penales la que él denominó escuela científico-social. Recientemente se refirió también ROXIN en forma más concreta a una nueva escuela «final-racional» impuesta al finalismo ortodoxo, aun cuando no edificada sobre las bases de una teoría de la imputación objetiva; Cfr. ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 237.

(75) Este resultado habría sido incluso hoy admitido por Armin KAUFMANN, uno de los más persistentes críticos de la teoría de la imputación objetiva, pues él manifestó que dicha teoría sólo merecería ser tratada en la parte general del Derecho penal cuando fuera capaz de mostrar estructuras genéricas a las cuales se pudiera fijar una normatividad, como las que aquí defendemos. Cfr. KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, p. 270.

(76) Cfr. JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*; ya un poco antes ROXIN había precisado que el tratamiento «objetivo» propio de la llamada teoría de la imputación objetiva es radicalmente diverso de las manifestaciones subjetivistas propias del causalismo y del finalismo; Cfr. ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 237 y 239; desde esta perspectiva resulta entonces obvia la afirmación de BUSTOS en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva no es

C. ESTRUCTURA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Como consecuencia de la discusión generada en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivización total del injusto con acento exclusivo en el desvalor de acción y quienes pretenden revalorar para el Derecho penal el desvalor de resultado. Entre aquellos que se han encaminado por la segunda alternativa se suele hablar de una teoría de la «imputación objetiva *del resultado*» (77), con la que se busca precisar la forma en que un *resultado* debe ser atribuido a alguien respecto de quien ya se ha fijado un desvalor de acción. Cuando se hace referencia a una «imputación *del resultado*», se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien. Un abandono de la teoría final del injusto y la adopción de un nuevo sistema penal como el que aquí defendemos, supone entender la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, por lo que en manera alguna puede ser sólo referida a un resultado (78), sino a toda la actuación como obra de determinada persona.

compatible con el finalismo, en cuanto para nosotros (no así para BUSTOS) es la lógica consecuencia de reconocer el surgimiento de una nueva sistemática del delito; tan incompatible es la imputación objetiva con el finalismo como lo fue el finalismo con el causalismo; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 230.

(77) Entre quienes se refieren a una teoría de la imputación «del resultado» pueden confrontarse: BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 218, 219 y 220; FRISCH, Wolfgang, «*Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, pp. 22, 23, 26, 32, 50 y 51; debe, sin embargo, precisarse que el planteamiento de FRISCH tiende formalmente a distinguir entre lo que él denomina la conducta típica y la imputación de los resultados de dicha conducta, pero en el fondo es desarrollado como una teoría integral de la imputación objetiva en la cual lo que él denomina conducta típica puede equipararse a lo que sería la creación de riesgos desaprobados. Con referencia exclusiva a una imputación de resultados consultar también KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 254 y 255; KÜHL, Kristian, «*Anmerkung zum Urteil des BGH von 15.10.1981 - 4StR398/81 (BGHSt30, 228)*», en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1983, p. 32; SCHÜNEMANN, Bernd, JA 1975, *ob. cit.*, pp. 578 y 579; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 98; WALTHER, Susanne, «*Eigenverantwortlichkeit...*», *ob. cit.*, pp. 126 y 127.

(78) Para argumentos en contra de una referencia exclusiva a la imputación de resultados, Cfr. WOLTER, Jürgen, «*Objektive und...*», *ob. cit.*, pp. 32, 33, 180 y 181.

La misma pretensión de buscar correctivos que permitieran solucionar los vacíos dejados por la teoría final del injusto en ámbitos como el de los delitos culposos, condujo desde la década del 60 a la formulación de aislados *criterios* con los cuales se solucionaban inconvenientes concretos del sistema; así surgió inicialmente la llamada teoría de la elevación del riesgo, la cual, sin embargo, mostró pronto su incapacidad para solucionar por sí misma muchos casos, por lo cual se recurrió a la tesis del fin de protección de la norma, y posteriormente al de la disminución del riesgo, al de la autonomía de la víctima y a muchos otros más con los que en su momento se pretendieron llenar vacíos que, ni la concepción final del injusto ni sus posteriores correctivos podía satisfacer. Si se observan en forma aislada todos estos «*criterios*», sin otorgarles una base común que permita entenderlos como un verdadero sistema, cabe plena razón a quienes critican la imputación objetiva por su extrema imprecisión y falta de sistematización (79). Como sólo un planteamiento de la imputación objetiva sobre la base de precisas funciones dentro del sistema penal (como el que aquí ya se ha esbozado y seguidamente se desarrollará) puede ser denominado «teoría», consideramos incorrecto hacer referencia a «*criterios de imputación*» (80), porque con ello se alude tan sólo a los aislados intentos de corrección del sistema finalista, mientras aquí se

(79) Por ejemplo, KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, pp. 83 y 84, quien, sin embargo, es en extremo contradictorio, pues luego de afirmar categóricamente que la imputación objetiva es innecesaria dentro de una teoría del delito, desarrolla el acápite de los delitos culposos con base en la existencia de un deber objetivo de cuidado y la necesidad de su relación con el resultado (p. 108), con lo cual no hace nada diverso de aceptar los presupuestos generales de la imputación objetiva. Sobre las críticas a la vaguedad de la imputación objetiva, Cfr. también PUPPE, Ingeborg, «*Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlín-New York, 99. Tomo, 1987, p. 595; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 101.

(80) Entre quienes hacen referencia no a una teoría de la imputación objetiva, sino tan sólo a la existencia de «criterios de imputación», Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 219, 223 y 229; EBERT, Udo, «*Kausalität und objektive Zurechnung*», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, de Gruyter, Berlín-New York, 1979, páginas 561 y 574; EBERT, Udo, «*Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 30.7.1981*», en *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1982, p. 422; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 257; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar*», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, 24. Auflage, Vorbem 13ff/92; MAIWALD, Manfred, «*Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96*», en *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1984, p. 440; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Volumen I, 7. Auflage, 1987, § 18 III/36, p. 244; ROXIN, Claus, «*Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*», en *Festschrift für Ulrich Klung*, Dr. Peter Deubner Verlag GmbH, Köln, 1983, Tomo II, p. 310; SAMSON, Erich, «*Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pági-

pretende una nueva elaboración de la concepción del delito edificada sobre la teoría de la imputación.

En síntesis, la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan sólo a la atribución de resultados, ni alude tan sólo a la relación existente entre una acción natural y su resultado (81), ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que *un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado* (82), de ma-

na 44; SCHMOLLER, Kurt, «Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände», en Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), Menzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1982, p. 452; STRATENWETH, Günther, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung», en Festschrift für Wilhelm Gallas, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, p. 227; STREE, Walter, JuS 1985, ob. cit., p. 181; TRÖNDLE, Herbert, «Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 45. Auflage, 1991, Vor § 13 Rd. 17; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, ob. cit., p. 59; WOLTER, Jürgen, «Der Irrtum über Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung», en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 89. Tomo, 1977, página 652.

(81) En este sentido lo entienden BURGSTALLER, Manfred, «Das Fahrlässigkeitsdelikt...», ob. cit., p. 69; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Strafrecht Allgemeiner Teil», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1984, Rdn. 5/54, p. 92; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, ob. cit., § 8/47, p. 219.

(82) Cfr. ENGISCH, Karl, «Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände», Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 68, quien mencionó estos dos requisitos no propiamente como elementos de una teoría de la imputación objetiva, sino en desarrollo de su teoría de la causalidad adecuada; sin embargo, el desarrollo que ENGISCH dio a su teoría con el empleo de los referidos elementos la convierte en el más claro antecedente de una moderna teoría de la imputación objetiva. HARDWIG, Werner, «Versachung und Erfolgszurechnung», en Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p. 290; JAKOBS, Günther, Lehrbuch, ob. cit., Rd. 7/4b; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, ob. cit., pp. 257 y 258; LENCKNER, Theodor, «Schönke/Schröder...», ob. cit., Vorbem 13ff/92; MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz, «Strafrecht Allgemeiner Teil», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Volumen II, 7. Auflage, 1989, § 43 IV/91, p. 131; OTTO, Harro, «Grundkurs...», ob. cit., pp. 68 y 74; OTTO, Harro, «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422», en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1974, p. 704; OTTO, Harro, «Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 102 y 103; ROXIN, Claus, Klug-Festschrift, ob. cit., p. 310; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Frankfurt, 1990, Rn. 57, Vor § 1; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid», en Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, p. 866; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtliche Zurechnungsformen», en «Grundfragen des modernen Strafrechtssystems», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1984, pp. 82 y 83; SAMSON, Erich, «Strafrecht I», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 7. Auflage,

nera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendiendo este último no en un sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de las normas.

Algún sector de la doctrina ha sostenido, en contra de la imputación objetiva, que ella recurre en ciertos eventos al empleo del dolo como mecanismo de solución de los problemas (83), o incluso que ella necesita indefectiblemente una cierta consideración de la intencionalidad de la conducta (84), con lo cual debería admitirse que en realidad se trata de una teoría que al mezclar elementos subjetivos y objetivos (85), no hace honor a su nombre; con base en ello se pregunta críticamente: ¿Qué es lo objetivo de la imputación objetiva? (86).

Este es un curioso caso en el cual la respuesta es mucho más antigua que el interrogante, pues las primeras diferenciaciones entre las imputaciones objetiva y subjetiva se remontan en Alemania a 1803 (87). Pero dejando momentáneamente de lado la consideración histórica del problema, es importante resaltar que esta crítica a la imputación objetiva proviene de personas formadas bajo los presupuestos de una teoría final del injusto, lo cual es importante, en cuanto para ese sistema penal el principio rector del injusto es la intencionalidad; no es que sea falsa la afirmación de que la imputación objetiva no puede prescindir del aspecto subjetivo y por ello recurre a la intencionalidad de la conducta, sino que con ello se está pretendiendo juzgar a la teoría de la imputación objetiva desde el punto de mira del finalismo, lo que es tan equivocado como pretender juzgar la teoría final del injusto desde la perspectiva del causalismo. En efecto, hemos reseñado como fundamental error de la teoría final del injusto el haber mezclado los planos naturalístico y normativo, al pretender hacer valer dentro del sistema penal una concepción óptica de conducta caracterizada por su finalidad. Pero también hemos ya precisado que la teoría de la imputación objetiva tiene sentido dentro

1988, p. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.* Rd. 5/55, p. 93, Rd. 5/58, p. 94 nota 20; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Lehrbuch, ob. cit.*, § 9/36, p. 307; STRATENWERTH, Günther, «*Strafrecht Allgemeiner Teil I*», Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Bonn-München, 3. Auflage, 1981, Rd. 215, p. 84 y Rd. 351, p. 119; TRONDLE, Herbert, *StGB, ob. cit.*, Vor § 13, Rd. 17; WESSELS, Johannes, *Lehrbuch, ob. cit.* p. 54; WOLTER, Jürgen, «*Objektive und...*», *ob. cit.*, pp. 29, 49, 50, 358.

(83) Cfr. SAMSON, Erich, «*Strafrecht I*», *ob. cit.*, p. 16.

(84) Cfr. Bustos, Juan, *Kaufmann-Gedächtnisschrift, ob. cit.*, pp. 223 y 224.

(85) Cfr. LAMPE, Hans-Joachim, *Kaufmann-Gedächtnisschrift, ob. cit.*, páginas 196 y 197.

(86) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift, ob. cit.*, pp. 251 y ss; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 98.

(87) Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen...*», *ob. cit.*, p. 2, nota 3.

de una concepción valorativa del sistema penal, en la cual se mantenga una precisa delimitación entre los ámbitos naturalístico y normativo; por ello, si bien desde el punto de vista naturalístico no puede negarse que cada conducta humana es final, es decir intencional, tampoco debe afirmarse que toda intencionalidad incumbe al Derecho penal.

Por eso es cierto que una teoría de la imputación objetiva requiere de la intencionalidad, pero sólo en cuanto ella es un atributo inherente a toda conducta en sentido naturalístico; lo que se pretende con la imputación es, justamente, seleccionar dentro de esas acciones naturales aquellas que resulten de interés para el Derecho penal, es decir, aquellas que puedan ser reprochadas como «obra de determinado sujeto». En la imputación objetiva se pregunta entonces si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; para la *imputación objetiva* no importa si el médico era Pedro, Juan o Diego, sino que se examina la conducta exigible a un médico, conducta que por supuesto es intencional como manifestación de un querer. Por el contrario, en la *imputación subjetiva* se examina el aspecto individual del autor, por lo que aquí ya no interesa la condición genérica de médico, sino la subjetividad de Pedro o Juan en el caso concreto, vale decir, su capacidad de comprensión de la situación, si pudo prever o no el resultado, si lo quiso expresamente o lo aceptó como posible, etcétera. Expresado en una forma mucho más general, con la imputación objetiva se determina la conexión entre un suceso y un querer (es decir, cuándo un suceso es «la obra» de alguien), mientras en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer (88).

Y retomando por último el aspecto puramente histórico, cabe recordar que en el fondo la distinción entre los ámbitos objetivo y subjetivo de la teoría de la imputación es similar a la planteada por Rad-

(88) Sobre la distinción entre imputación objetiva y subjetiva pueden encontrarse similares argumentos en los siguientes autores: Cfr. HARDWIG, Werner, JZ 1968, *ob. cit.*, p. 290, aun cuando este autor hace la distinción no en relación directa a la imputación, sino referida a la evitabilidad; HONIG, Richard, Frank-Festgabe, *ob. cit.*, pp. 184 y 185; LARENZ, Karl, «Hegels...», *ob. cit.*, pp. 51, 58, 68,84, 92 y 94; NAUCKE, Wolfgang, «Über das Regreßverbot im Strafrecht», en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1964, 76. Tomo, pp. 426, 427 y 428; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 250; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Der Zweck...», *ob. cit.*, pp. 81 y 82, pese a que sus consideraciones no aluden concretamente a la teoría de la imputación, sino a la separación entre los aspectos objetivo y subjetivo del injusto, caracterizada por él con las expresiones desvalor objetivo de peligrosidad y desvalor subjetivo de intención como componentes del más amplio desvalor de acción; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 8/31, p. 223.

bruch (89) y von Liszt (90) a comienzos de siglo para diferenciar lo que desde el punto de vista de una teoría causal del delito era un simple generador de la causalidad y aquello cuyo análisis correspondía al ámbito de la culpabilidad; sólo que, si bien dicha escuela mantuvo la finalidad por fuera del sistema penal, lo desarrolló equivocadamente con base en una teoría natural de la causalidad; pero dejando de lado ese craso error, tenían razón cuando además de reconocer la intencionalidad naturalística de toda conducta señalaban que el contenido de esa finalidad incumbía sólo a la culpabilidad.

D. AMBITO DE APLICACION DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Cuál debe ser el campo de aplicación de la imputación objetiva en materia penal, depende ante todo del concepto mismo que se tenga de dicha teoría, de manera que mientras para algunos sólo podrá ser referida a concretas modalidades delictivas, para otros tendrá un mayor ámbito de cobertura (91).

Así, por ejemplo, la generalizada tendencia de referir la imputación objetiva sólo a los delitos de resultado (92) es la lógica consecuencia de la estrecha relación que considera a esta teoría como un mecanismo exclusivamente apto para atribuir resultados; pero si de acuerdo con lo ya expuesto se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado, sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objeti-

(89) Cfr. RADBRUCH, Gustav, «*Der Handlungsbegriff...*», *ob. cit.*, pp. 130 y 131.

(90) Cfr. von LISZT, Frank, *Lehrbuch*, 14. Auflage, *ob. cit.*, p. 125.

(91) Cfr. SCHMOLLER, Kurt, *ÖJZ* 1982, *ob. cit.*, p. 452.

(92) Cfr. BUSTOS, Juan, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, p. 221, quien, sin embargo, restringe la aplicación de la teoría en su concepción tradicional, mientras de acuerdo con su propia concepción ella (pero no la que él denomina atribuibilidad) sería aplicable dentro de la antijuridicidad a todos los delitos; EBERT, Udo, *Jura* 1979, *ob. cit.*, p. 561, quien aquí señala vagamente que la imputación objetiva es aplicable en primera línea a los delitos de resultado; EBERT, Udo, *JR* 1982, *ob. cit.*, p. 422, de manera más categórica que en su anterior escrito; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder...*», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; OTTO, Harro, «*Grundkurs...*», *ob. cit.*, p. 65; ROXIN, Claus, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, p. 244; SAMSON, Erich, «*Hypothetische...*», *ob. cit.*, p. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd. 5/54, 5/55, pp. 92 y 93; ULSENHEIMER, Klaus, «*Der Verhältnis...*», *op. cit.*, p. 149; WESSELS, Johannes, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 205; WOLTER, Jürgen, «*Objektive und ...*», *ob. cit.*, p. 183, quien además, manifiesta en forma expresa que la imputación objetiva no se requiere en los delitos de peligro abstracto.

va no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión, y mucho menos a unos determinados tipos de resultado como los homicidios y las lesiones personales, como en algunas escasas oportunidades se ha llegado a sugerir.

En su más frontal ataque contra la imputación objetiva, cuestionó Kaufmann la aplicabilidad de dicha teoría a los delitos dolosos, llegando a afirmar que se trataba de una figura que, desde sus orígenes, lleva en la frente el sello del delito culposo (93). Las razones por las cuales alguna parte de la doctrina niega la posibilidad de aplicar esta teoría a los delitos dolosos se remontan quizás, de una parte, al hecho de que casi todos los casos problemáticos que han dado lugar a las polémicas doctrinales y jurisprudenciales tienen que ver con delitos cometidos culposamente, y, de otro lado, a que en el desarrollo del primero de sus elementos, la creación de riesgos desaprobados, se lo asimila frecuentemente a un concepto que como el deber de cuidado fue originalmente ideado como requisito propio del delito imprudente. En el fondo, no se trata de que existan en la práctica más casos de delitos culposos que dolosos, sino de que en estos últimos suele ser tan evidente la creación del riesgo desaprobado que no nos detenemos demasiado a pensar en su existencia, mientras en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis más detenido; pero, desde luego, tan desaprobado es el riesgo de conducir a exceso de velocidad y en contravía a lo largo de una autopista como el de disparar intencionadamente un arma de fuego contra la cabeza de una persona, de manera que una teoría de la imputación objetiva, como la aquí defendida, es aplicable tanto a los delitos culposos como a los dolosos. Por lo demás, la ingeniosa frase de Kaufmann, en el sentido de que la imputación objetiva lleva en la frente desde su origen el sello del delito culposo, puede ser igualmente discutida, con sólo referirnos a los planteamientos propuestos por Hegel, en cuanto él desarrolló el concepto de imputación sobre la base de las manifestaciones de *voluntad* del ser humano; justamente esa constante referencia al querer fue lo que le valió por parte de Larenz el reproche de haber desarrollado una teoría de la imputación objetiva únicamente referida a los delitos dolosos, olvidando la existencia

(93) Entre aquellos que limitan la cobertura de la imputación objetiva a los delitos culposos desconociendo validez dentro del ilícito doloso, Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, *ob. cit.*, p. 258; KÜPPER, Georg, «*Grenzen...*», *ob. cit.*, p. 91; LACKNER, Karl, «*Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, 18. Auflage, Vor § 13, III, 1 c, dd, en cuanto afirma que la imputación objetiva es «poco significativa» en los delitos dolosos; STRUENSEE, Eberhard, *GA* 1987, *ob. cit.*, p. 103, por lo menos en lo atinente a la aplicación de las conductas alternativas conforme a derecho.

del ilícito imprudente (94); aun cuando recientemente ha propuesto Vehling una nueva interpretación de la teoría hegeliana con la idea de interpretar la expresión «querer» no en el sentido ordinario de la intencionalidad, sino como una manifestación de la conducta que socialmente debe desarrollar el individuo (95) (con lo cual caería por su base el reproche de Larenz), no puede desconocerse que se trata de una reformulación susceptible de polémica; pero justamente por el hecho de que no esté aún dilucidado si cuando Hegel se refirió al querer como el hilo conductor de la imputación aludía a lo que hoy conocemos como dolo, o a lo que podría modernamente denominarse las exigencias sociales de comportamiento, rechazamos la afirmación de Kaufmann en relación con la clase de delitos a los que fue originalmente referida la imputación objetiva, ya que, o Hegel se refirió solamente a estos delitos dolosos (Larenz) o aludió tanto a los dolosos como a los culposos (Vehling), pero en ningún caso se ocupó exclusivamente del delito imprudente.

Algunos de quienes admiten que la imputación objetiva puede ser aplicada tanto a los delitos culposos como dolosos precisan, sin embargo, que los mecanismos a emplear deben ser diversos tratándose de una y otra clase de ilícitos (96), con lo cual se reafirma la antigua bifurcación de la teoría del delito a través de la duplicidad de la imputación objetiva. Pero esa escisión afecta no solamente la unidad que debe poseer un sistema penal, como en el acápite precedente quedó explicado, sino que hace depender la imputación objetiva de la existencia previa de la imputación subjetiva, de manera que para saber si una conducta es o no objetivamente imputables a alguien debería saberse, ante todo, si esa persona actuó dolosa o culposamente pues en cada caso las reglas de imputación deberían ser diversas; sólo que cuando esté establecido que desde el punto de vista jurídico penal alguien actuó dolosa o culposamente, habrá quedado ya tácitamente admitido que su conducta es objetivamente imputable, salvo que se quiera arribar a la extraña conclusión de que en materia penal existen conductas dolosas y culposas que no hacen parte del injusto. Expresado en una forma más sencilla, si la imputación subjetiva busca precisar el contenido de un querer, que desde el punto de vista hegeliano forma parte de la imputación objetiva, es impensable que la determinación de ese contenido de la voluntad preceda a la demostración de la existencia de esa voluntad.

(94) Cfr. LARENZ, Karl, «Hegels ...», *ob. cit.*, p. 52.

(95) Cfr. VEHLING, Karl-Heinz, «Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch», Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1990, pp. 22 a 30.

(96) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234; LENCKNER, Theodor «Schönke/Schröder...», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 144, referido concretamente al fin de protección de la norma.

Tampoco compartimos la propuesta de que la imputación objetiva deba funcionar de manera diferencial respecto de los delitos de acción y los omisivos (97), no solo porque ello nos conduce nuevamente a una inaceptable ruptura de la unidad del sistema penal, sino porque nos remonta una vez más a la estéril discusión sobre si existe o no una distinción entre los delitos de acción y omisión y la forma como dicha diferenciación debería efectuarse.

En síntesis, en un sistema penal unitario como el aquí defendido, la teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial (98), esto es tanto en los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos (99), así como a las acciones y omisiones (100) y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados (101), puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con

(97) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234.

(98) Cfr. JAKOBS, Günther, Lehrbuch, *ob. cit.*, Rd. 7/4, quien con razón precisa que ello no significa que todos los institutos de la imputación objetiva sean igualmente significativos frente a la totalidad de los tipos contenidos en la parte especial; más recientemente, JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*

(99) Entre quienes admiten la validez de la imputación objetiva tanto para los delitos culposos como para los dolosos Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234, pero no en la forma como la imputación objetiva es normalmente desarrollada, sino sólo en cuanto se la entienda a su manera, es decir diferenciándola de la atribución y radicándola en el ámbito de la antijuridicidad; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 529, cuando menos en lo que se refiere al fin de protección de la norma; LARENZ, Karl, «*Hegels...*», *ob. cit.*, p. 52, en cuanto le reprochó a HEGEL haber referido la imputación objetiva sólo al delito doloso, desconociendo que también existen ilícitos culposos; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder...*», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; MAIWALD, Manfred, JuS 1984, *ob. cit.*, p. 440; MAURACH/ZIPP, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, § 18 III/36, p. 244; OTTO, Harro, «*Grundkurs...*», *ob. cit.*, pp. 204 y 205; ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 144; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 247; ROXIN, Claus, «*Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*», en Festschrift für Wilhelm Gallas, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, pp. 241 y 242; RUDOLPHI, Hans-Joachim, Lackner-Festschrift, *ob. cit.*, p. 866; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 8/50, p. 222; STRATENWERTH, Günther, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd. 215, p. 84; ULSENHEIMER, Klaus, «*Das Verhältnis...*», *ob. cit.*, p. 27; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 54.

(100) Acepta la validez de la imputación objetiva en los delitos omisivos de resultado SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd 12/46, p. 405.

(101) Ya ENGISCH había hecho alusión a la necesidad de otorgar idéntico tratamiento a los delitos consumados y tentados cuando desarrolló su teoría de la causalidad adecuada, que como hemos ya mencionado es desde el punto de vista histórico lo más aproximado a una moderna teoría de la imputación objetiva; Cfr. ENGISCH, Karl, «*Die Kausalität...*», *ob. cit.*, pp. 59 y 60; admitiendo la imputación objetiva en el ámbito del delito tentado, JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*; VEHLING, Karl-Heinz, «*Die Abgrenzung...*», *ob. cit.*, prólogo y pp. 113 y ss., en especial página 123.

ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado; debe aquí nuevamente precisarse, que los resultados a los que hacemos referencia dentro del sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las reglas de la vida de relación social, [quebrantamiento de la validez de las normas (102)] por manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado; cuáles son los resultados que desde el punto de vista de la tentativa interesan al sistema penal, o aún más claro, cuándo una conducta es reprochable a título de tentativa, es algo que excede los límites de este trabajo, pero que de todas maneras supone tanto la determinación de un riesgo desaprobado, como la realización de ese riesgo en el resultado.

(102) Cfr. JAKOBS, Günther, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 277; también en «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*