



ISSN 1850-2512 (impreso)
ISSN 1850-2547 (en línea)

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Documentos de Trabajo

Escuela de Posgrado de Derecho

El problema de la imputación en materia penal (o crítica a la asistematicidad de los modelos jurídicos-penales posmodernos)

N° 178

Rubén Omar Carrizo

Departamento de Investigaciones
Septiembre 2007

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Para citar este documento:

Carrizo, Rubén Omar (2007). El problema de la imputación en materia penal (o crítica a la asistematización de los modelos jurídicos-penales posmodernos).

Documento de Trabajo N° 178, Universidad de Belgrano.

Disponible en la red: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/178_carrizo.pdf

I. Introducción

El concepto de “posmodernidad” fue acuñado en el ámbito de la sociología, aunque su empleo no resulta del todo aceptado, ya que con él se quiere distinguir una etapa o período iniciado al finalizar la década de los '50, o bien, a comienzo de los '60, donde se habría (el modo potencial correspondería a su planteamiento a modo de hipótesis) producido una ruptura radical, caracterizándose este nuevo período por la idea de “fin” o “crisis” de esto o de aquello, por ejemplo, el “fin de la ideología”, la “crisis del Derecho Penal”, etc. También, dicho período se lo suele denominar como “sociedad postindustrial”, “sociedad de consumo”, “sociedad de los media”, “sociedad de la información”, etc.¹

La diferencia entre ambos períodos es esbozada por RUSSO cuando señala “la modernidad se presentó a sí misma como una desmitificación del saber antiguo, enarbolando la bandera de la neutralidad científica. La posmodernidad se presenta como una actitud desmitificadora de esa desmitificación, vale decir, sosteniendo que tal neutralidad no es posible sino dentro de un sistema cerrado, lógicamente consistente. Pero, aceptada la existencia de más de una definición, más de una teoría...cabe concluir, que la elección entre un modelo u otro, y entre una definición y otra es, necesariamente ideológica. Esto quiere decir que dependerá del plexo valorativo que cada uno adopte previamente. No sólo la elección debe realizarse entre definiciones originarias alternativas, o, entre teorías globalmente consideradas. Dentro de cada teoría los problemas lógicos, metodológicos, semánticos, obligan permanentemente a adoptar un camino entre posibilidades alternativas, y no es posible hacerlo sino invocando nada más que buenas razones”².

A. Los modelos jurídico-penales en la posmodernidad

El rótulo otorgado de “posmoderno” en este trabajo funciona aquí como un mero señalamiento histórico-social que guarda -a modo de indicador- consonancia con la sociología y, solo describe, en cuanto a la materia jurídico-penal se refiere, las construcciones imbuidas en el llamado funcionalismo que precisamente vienen a coincidir con un segmento en el tiempo que se reputa de crítico y “desmitificador”.

Los “modelos” a los que se hace referencia en el presente trabajo son aquellos fundamentados en el funcionalismo (teleológico sistémico y radical sistémico). Ello no significa que se desconozcan otros modelos (por ejemplo, el que propugna el “Derecho penal tradicional” de la Escuela de Frankfurt; o bien, el reconocido “Derecho Penal liberal”³ conforme a los lineamientos orientativos de E. A. WOLF, y continuados y desarrollados en el presente por Michael KÖHLER, entre otros), pero cabe admitir que los modelos funcionalistas pueden considerarse opinión predominante en la doctrina.

B. La necesidad de una sistematización

Una cuestión de fundamental importancia es la necesidad de contar con un sistema que cubra las expectativas jurídico-penales dirigidas a la solidificación de la tan mentada ciencia del derecho penal.

Aquí es importante realizar algunas aclaraciones respecto a los términos que se emplean en el presente trabajo a los fines de evitar toda ambigüedad.

Por “sistema” se entiende, al igual que HRUSCHKA: 1. Una teoría coordinada, articulada y comprensiva “de un ámbito de conocimiento que debe descubrir todos los conceptos fundamentales sobre los que trabaja y presentarlos precisamente bajo el punto de vista de que son conceptos fundamentales, y debe exponer las relaciones existentes entre dichos conceptos; 2. Entre las correspondientes proposiciones o conceptos de la teoría que se halla conectados, y que poseen distintos rango, debe existir una relación de derivación; y esta debe presentarse, o debería poderse presentar con exactitud; 3. Por principio, los conceptos con los que la teoría trabaja, tanto fundamentales, como de rango intermedio, deben ser sobre todo claros y distintos”⁴.

1. Ver al respecto JAMESON, Fredric, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, trad. José Luis Pardo Torío, Barcelona, Paidós, 1991, específicamente, ps. 9-22.

2. *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, 3ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, ps. 31 y 32.

3. En nuestro país suelen confundirse con esta denominación autores de distintas extracciones, y adoptan el rotulo de “liberal” porque en rasgos generales coinciden con el principio rector de esta corriente liberal, cual es “la libertad del ser humano”, pero de todo aquel que se autodenomina “liberal” dudo que esté enrolado en esta corriente, ya que sus raíces iusfilosóficas responden en mayor medida al ideario kantiano de la ilustración, como lo advierte ZACZYK “aquí no se recurre a la teoría del valor, ni a la teoría de los sistemas y tampoco a la filosofía del lenguaje, sino precisamente a KANT y HEGEL”, *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*, trad. Jorge Fernando Perdomo Torres y María del Rosario Picasso, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 14. En Argentina, sólo el Profesor DONNA adopta este modelo liberal, al menos en sus fundamentos, ya que ello se puede observar en su reciente anticipo: *Derecho Penal – Parte General, T.I, Fundamentos. Teoría de la ley penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, obra que estará concluida con la aparición de tres volúmenes más en los que se desarrollará la teoría del delito (tomos segundo y tercero) y la pena en general (tomo cuarto), conforme así lo anuncia el catedrático.

4. *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, trad. Pablo Sánchez Ostiz, Córdoba, Mediterránea, 2003, p. 22 y 23.

Hecha esta aclaración, la referencia a la sistematización o asistematización guarda relación con el cumplimiento o no de los puntos expuestos.

Ahora bien, para llegar a constituir un sistema hay un camino que recorrer. El método o camino que sostiene la doctrina jurídico penal –funcionalismo– para desentrañar los distintos problemas que se presentan en la dogmática es a través de la imputación objetiva, explicándose la misma mediante los “criterios de imputación” y, consistiendo su práctica en el sometimiento al análisis de una constelación de casos, cuyo tratamiento aquí no se podrá llevar a cabo por dos razones, la primera hace a una cuestión de espacio, y en segundo lugar, porque la pretensión del presente artículo reside en verificar si los métodos seguidos resultan ser idóneos para constituir un sistema que enriquezca a la ciencia penal.

C. El problema de la imputación

En el presente, evidentemente se impone el criterio que dice ser “renovador” dentro de la dogmática jurídico-penal, donde se pretende hallar un concepto amplio que englobe “todo posible análisis de los elementos de una teoría del delito, como una especie de género dentro del cual se debe analizar el concepto de acción, y todos los elementos del injusto y de la culpabilidad”⁵.

Recordemos que antes que el concepto de “imputación” logre obtener esta sorpresiva popularidad, la búsqueda de un concepto superior que diera sentido al sistema jurídico-penal se focalizaba en el concepto de acción, pero su destino, junto al de la “causalidad” recibió la tacha de “preconcepciones ontologizantes”, ubicándose hoy dentro de un ámbito más normativo, donde se le ha quitado todo atributo que pueda vincularla al campo del “ser”.

Las corrientes doctrinarias actuales a la vez que reconocen en el concepto de “imputación” ese concepto superior y abarcativo tan buscado, también reconoce en él un verdadero problema.

La imputación en el presente trabajo no es un concepto tomado al azar y luego relacionado con un sistema dado, la imputación o modo de atribución o endilgamiento de un resultado al tipo, o bien, al comportamiento disvalioso (conforme a la postura que se adopte dentro del abanico abarcativo de la doctrina actual) dando lugar a la consecuente responsabilidad penal es el *leit motiv* del sistema jurídico-penal.

DONNA al respecto infiere que “la imputación tiene que ver desde lo semántico con el verbo responder”, en ese sentido, el autor con cita en RICOEUR infiere “en la imputación reside una relación primaria con la obligación, en la cual la obligación de reparar o de sufrir la pena no constituye más que el corolario o un complemento que se puede situar bajo el término de retribución”⁶. DONNA reconoce en la “atribución” una de la dos cara de la moneda, aquella que se asimila con la idea de “rendición de cuentas”, pero luego hace referencia a la otra cara de la moneda, señala “un camino inverso que debe ser transitado, que va de la retribución a la atribución de la acción del autor. Y en este punto – a juicio del autor de cita- se debe centrar el tema de la imputación”⁷.

Ahora bien, la idea que vierte DONNA sobre el concepto de imputación está más emparentada con la *imputivitas* de PUFFENDORF (concepto que analizaremos en el punto 1. del presente trabajo), vale decir, un concepto de imputación que embarga también el concepto de “acción”. Concepción que quizás no sea la mayoritaria en la doctrina, pero que va en crecimiento. Lo cierto es que la doctrina en la actualidad tiende a inclinarse por un concepto de imputación de neto corte normativo, tal como se observa en los funcionalismos de moda.

En ese orden de cosas, lo que se conoce como “imputación objetiva” es un capítulo que nunca se cierra, siendo que en los últimos 30 años ha atrapado la atención de la doctrina europea (especialmente en Alemania donde se gestó y, por efecto reflejo también en España), y de manera tardía, a la comunidad jurídica de Iberoamérica. Indagar sobre su naturaleza, su ubicación, su método, sus alcances y estructura dentro de la sistemática jurídico-penal no es tarea fácil, debido a que no es pacífica la interpretación que los distintos autores realizan y al mismo tiempo transmiten a la comunidad jurídica.

El problema es entendible si echamos un vistazo al pasado histórico de la dogmática penal, poco esfuerzo haremos en observar que el punto de conexión entre un accionar delictivo y un resultado perturbador del orden social ha significado una “tragedia griega” para los dogmáticos de todos los tiempos, ya que ello representa en gran parte la justificación del sistema jurídico-penal.

De allí que los distintos autores de forma continua se hayan lanzado en una búsqueda frenética para encontrar el “Santo Grial” de la dogmática penal y traer solución a un viejo problema que no es otro más que el de la “causalidad”.

La pregunta de rigor se condensa en establecer si ¿es la imputación objetiva la solución para el problema de la causalidad?, o bien, son viejos remedios para una vieja enfermedad.

5. DONNA, *op.cit.*, p. 19.

6. *Ibidem*, p.20.

7. *Ibidem*.

La idea fundamental en el funcionalismo posmoderno reside en desterrar todo vestigio que pueda relacionar los elementos del sistema jurídico-penal con principios ónticos, esto es, suprimir o declarar “neutro” el concepto de acción para así poder sobre poner un concepto incierto de “imputación”, para luego proseguir con el mismo tratamiento sobre la “causalidad”, cómplice inmediato de la “acción”, ya que ambas llevan la marca de infamia por su pertenencia a los infiernos del “ser”, llegando a requerir lo mínimo indispensable de ésta, cuando no, su destierro a los infiernos de donde proviene condenándola al fuego y azufre, como así lo pregona la radicalización sistémica del funcionalismo.

En ese sentido, la imputación objetiva viene a realizar un trabajo de normativización desde el tipo objetivo, extendiendo sus efectos al resto de las categorías del sistema. Su punto de partida, es obviar todo preconcepto que obstaculice la aplicación de pautas objetivas-valorativas a través de los denominados “criterios de imputación”, que se definen como filtros objetivos-normativos que cumplen la tarea de verdaderos “tamices” jurídicos en la pre-selección de casos que se le presentan, dado que el método seguido es un modo especial de casuística desprendida de la filosofía del lenguaje.

A lo dicho se le suma las cuestiones que se plantean respecto del tipo objetivo en relación con lo “subjetivo” del tipo, debido a que su escisión sería impensable, porque la función del dolo es determinante en la relevancia de la conducta para el tipo objetivo. El análisis del injusto personal se realiza *in toto*, siendo que el aspecto objetivo del tipo –por más trascendencia que reciba por parte del funcionalismo- es tan sólo un componente de dicho injusto.

De allí que se siga, que la elaboración de la teoría de la imputación objetiva debe intentar no solo explicar como soluciona el problema de la causalidad, sino, que además, deberá establecer su vinculación con el dolo y demás elementos subjetivos del tipo, tarea por demás ardua, toda vez que no se cuenta con un concepto de acción final previo (dando lugar al injusto personal, para lo cual fuera pensado éste), sino que ahora el “sentido social de las acciones típicas” deberá ser captada por el dolo en la esfera del tipo.

El presente trabajo representa un intento por desentrañar los diversos interrogantes que surgen en derredor de este concepto de imputación, problemático para muchos, o “salvador” para otros; pero más allá de la postura que se tenga en materia penal, lo cierto es que el concepto de *imputatio* viene ganando popularidad día a día, ayer, como solución a la problemática de la “causalidad”, hoy, pretendiendo erigirse en el sistema jurídico-penal propiamente dicho.

II. Desarrollo de la temática en estudio

1. Génesis del concepto de “imputatio”

Al iniciar un estudio el hacer un reconocimiento a través de los tiempos resulta ser un paso obligado, pues observaremos que el término *imputatio* no nació con el avance de las corrientes funcionalistas, sino, que ya era conocido en la antigüedad, quizás no con el alcance que su concepto desarrollara a partir del siglo XVII, donde se pretendió con él crear un verdadero sistema de la acción.

PUFFENDORF, KANT, HEGEL, KELSEN y otros más van marcando esta evolución del concepto de “imputatio”, a continuación haremos un repaso de los principios sustentados por estos pensadores donde la imputación era una pieza (no menor) del engranaje de sus sistemas.

1.1. La imputación en Puffendorf

Las raíces de su genuina autenticidad se remontan en el pasado a épocas donde primaba el iusnaturalismo, observando algún atisbo de la idea de “imputación” en PUFFENDORF⁸, aunque todavía no se conocía con el sentido que se le otorga en la actualidad.

No podemos desprender el concepto de “imputatio” de PUFFENDORF del contexto en que se hallaba el iusnaturalismo de su tiempo⁹, empece ello, es a él a quien le cabe introducir los puntales de la ciencia

8. SCHÜNEMANN, Bernd, “Consideraciones sobre la imputación objetiva”, pub. en Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 221. MORSELLI al respecto advierte “se ha dicho en Alemania que el primero en usar el concepto correspondiente al término ‘imputación’ –traducido del alemán como ‘Zurechnung’- fue Samuel Puffendorf en 1660, y que éste término fue después recogido por Kant, por Hegel, por Binding y otros. En realidad la cuestión está mal enfocada. No sólo el término latino ‘imputo’ e ‘imputatio’, sino hasta el mismo concepto que le corresponde venía utilizando corrientemente por los romanos (cito solamente: Tácito, Fedro, Plinio, Quintiliano, Cicerone) justo en el mismo sentido en el que viene usado todavía hoy- no sólo en los países de lengua latina, sino también en aquellos de lengua anglosajona- en el lenguaje no sólo forense, sino también en el común. Basta recordar el postulado de derecho común *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur*. Es solamente verdad que en el idioma alemán el término ‘imputation’ fue recogido con una función conceptual diferente, esencialmente en el ámbito religioso y no corresponde a la palabra jurídica Zurechnung”, “Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva”, pub. en <http://www.uclm.es/aidp/pdf>

9. El desarrollo del Derecho natural en esta época –enseña WELZEL- “llevaba inconteniblemente a una decisión. Cuatro cometidos había por resolver: 1. Había que fijar el camino del futuro Derecho natural entre sociología naturalista y ciencia del espíritu. 2. Había que llevar a cabo la polémica contra la escolástica, todavía dominante. 3. Había que realizar el programa de GROCIO; es decir, el

del derecho, tal como la conocemos hoy; más allá que en el desarrollo de la mentada “ciencia” sus principios hayan pasado al olvido¹⁰.

Con el axioma “Una *actio* (cualquiera), que pueda guiarse por una norma moral y cuyo acontecer o no acontecer está al alcance de la persona, puede ser imputada a esa persona. Y, a la inversa, no puede imputarse a una persona aquello que ni considerado en sí mismo ni en su causa está a su alcance”; PUFFENDORF, de este modo, realizaba una clara distinción entre la capacidad que se tiene y la capacidad que no se tiene al momento del acaecimiento de un suceso; en este sentido “se propone llamar a la imputación de un suceso o de una inactividad imputación ordinaria, cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión. En cambio, la imputación debe llamarse imputación extraordinaria cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o de incapacidad”¹¹.

Aquí se puede establecer claramente la diferencia de una acción u omisión imputable a un individuo que la realiza y la concreción de un caso fortuito del que puede generar algún tipo de responsabilidad de orden civil; al respecto, RUEDA MARTIN señala que PUFFENDORF fue “el primero en desarrollar la idea de que la acción libre es contemplada como perteneciente al autor cuando tiene su origen en el entendimiento y la voluntad y posee un modo específico de determinación: la determinación de la libertad”¹².

Este pensador le agregaba al concepto de *imputatio* un presupuesto: la *imputativitas*. Este era presupuesto material de imputabilidad determinando la relación de pertenencia con la acción libre. De allí que no se pueda comprender el concepto de *imputatio* en toda su dimensión sin contar con este presupuesto material.

Planteado así la idea, la comprobación de la *imputatio* era *ex post*, debido a que esta solo cumplía la función de comprobar la concurrencia de los elementos de su presupuesto, esto es, la *imputativitas*. Además de ello, mediante la *imputatio* también se procedía a la valoración del suceso, siendo que para ello PUFFENDORF diferenciaba el ser moral (*entia morali*) del objeto de la naturaleza física (*entia physica*), es precisamente dentro de este último ámbito donde PUFFENDORF establecía la “indiferencia axiológica” entre el “momento material” del suceso y el “momento formal” o *imputativitas* de la acción.

De allí que se siga la afirmación de que “no hay *imputatio* sin *imputativitas*, entendida esta como sentido de pertenencia de la acción ‘libre’ del autor”. De todo ello –explica RUEDA MARTIN- resulta que el concepto de *imputatio* de PUFFENDORF no es otra cosa que un modo de denominar el resultado final de la comprobación de las condiciones de atribución de la responsabilidad en el sentido anteriormente expuesto y no un concepto de imputación en sentido propio”¹³.

1.2. La imputación en Kant¹⁴

También se observan improntas de la idea de imputación en KANT, cuando en su introducción de la Metafísica de las costumbres establece el concepto de hecho, diciendo que “se llama *acto* a una acción en la medida en que está sometida a las leyes de la obligación, por lo tanto, también en la medida en que se considera al sujeto en ella desde la perspectiva de la libertad de su arbitrio. A través de un acto semejante se considera al agente como *autor* del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden *imputársele*, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación”¹⁵

desarrollo de un sistema omnicompreensivo de Derecho natural. 4. había que poner en claro los fundamentos materiales para un sistema semejante. Ante estos cuatro cometidos se encontraba la teoría del Derecho natural en la segunda mitad del siglo XVII”, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, trad. Felipe González Vicen, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2005, p. 173 y 174.

10. WELZEL recuerda que “PUFFENDORF es el primero que, antes de KANT, expresará con palabras tan impresionantes la idea de la dignidad del hombre como ser éticamente libre, haciendo de ella el soporte de todo su sistema de Derecho natural y deduciendo también de ella la noción de los derechos del hombre y de la libertad, que determinará el curso del siglo siguiente”, *Introducción a la Filosofía del Derecho...*, p. 189.

11. HRUSCHKA, Joachim, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Puffendorf*, trad. Nuria Pastor Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006,

12. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bogotá/Barcelona, Universidad Externado de Colombia/J.M. Bosch, 2002, p. 69.

13. *Op.cit.*, ps. 72 y 73.

14. ZANNONI nos dice que “es sin duda con Emmanuel Kant que el racionalismo halla, a través de la *Metafísica de las costumbres*, la justificación puramente racional del obrar humano... La idea liberal encuentra en Kant una *forma jurídica universal*... Kant desecha todo ingrediente empírico. Afirma, así, que el hombre, en cuanto a su libertad, puede y debe ser representado como una personalidad independiente de las determinaciones físicas (*homo noumenon*). La libertad, así concebida, está por completo ‘fuera del alcance de los sentidos’, es decir, de la realidad fenoménica... La razón puede y debe dar un fundamento al obrar humano, a la conducta, pero no le es dable proporcionar criterios universales a los que la voluntad debe sujetarse como *medio* de satisfacción de los apetitos o deseos. La razón como voluntad, sólo puede encontrar un *principio formal* del querer en general...”, *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980, ps. 28 y 29.

15. *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts, 4ª edición, Madrid, Técno, 2005, p. 29 y 30.

En ese sentido, KANT afirma que sólo será pasible de imputación la “persona”, comprendiendo dentro de este concepto la “personalidad moral” del sujeto en el goce de su libertad. De allí que se siga que la persona como ser racional que es solo esta sujeto a las leyes morales, que son leyes que el sujeto se da asimismo en uso de su libertad, la que reconocemos como principio rector de su propia autonomía. Consecuentemente, una cosa no es susceptible de imputación, conforme a la ausencia de dicho principio rector, cual es la libertad.

En síntesis, KANT define a la persona como “aquellos sujetos cuyas acciones son imputables... *Imputación (imputatio)* en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a las leyes”, dicho juicio podrá ser meritorio (*meritum*), debido (*debitum*) o delito moral (*demeritum*), según excedan, cumplan o no alcancen lo que exige el deber, respectivamente”¹⁶. “Esto implica –explica DONNA- que la palabra ‘imputar’ hace al problema de los méritos y deméritos de las acciones, como un libro contable con dos entradas: crédito y débito, positivo y negativo. Con estas ideas básicas nos adentramos en el meollo del problema de la imputación. Insistiendo en la idea que existe entre imputación, atribución y retribución...”¹⁷.

Consecuentemente, la noción de imputación (*Zurechnung*) en KANT está íntimamente ligada a la idea de “juicio de atribución” (*Zurechnungsfähigkeit*) a alguien, esto es el sujeto capaz de imputársele el hecho¹⁸.

1.3. La imputación en Hegel¹⁹

Pero, existe pacífica aceptación, que es a la filosofía idealista de Hegel que responden las bases donde se asienta la actual construcción de la llamada teoría de la imputación objetiva²⁰.

El concepto de imputación en HEGEL es parte de su teoría de la acción.

“La acción –expresa HEGEL- al trasladarse a una existencia exterior, que de acuerdo con sus diversas conexiones se desarrolla en todos sus aspectos de un modo exteriormente necesario, tiene múltiples consecuencias. Estas consecuencias son propias de la acción (le pertenecen) en la medida en que conforman una figura que tiene como alma el fin de la acción. Pero al mismo tiempo, en cuanto a fin puesto en la exterioridad, está abandonada a fuerzas exteriores que pueden unirle con algo totalmente diferente de lo que ella es por sí y llevarla a extrañas y lejanas consecuencias. Es asimismo un derecho de la voluntad hacerse responsable sólo de lo primero porque es lo único que estaba en su propósito”²¹.

RUEDA MARTÍN advierte que “de esta forma en HEGEL la imputación vuelve a aparecer como un elemento estructural del suceso, como una característica interna de la acción... aparece por primera vez un proyecto de conformación del mundo exterior manifestado en la acción y que comprendería la actividad inmediata del sujeto, los resultados y los sucesos derivados de ella, en cuanto se sitúan con ésta en un nexo teleológico, en cuanto es dominada por la voluntad y se realiza con un fin. La acción se presenta en él como una totalidad plena de sentido, como una unidad de sentido, para la cual es decisiva la dirección final de la acción y no la pura causalidad...”²².

Consecuentemente con esa descripción de la acción exteriorizada, HEGEL le adosa seguidamente el elemento subjetivo, es decir, “lo querido por mí, mi intención”, dado que “en el hecho de que sólo reconozco lo que pertenecía a mi representación radica el tránsito a la intención. Sólo lo que yo sabía acerca de las circunstancias me puede ser imputado”²³; y ello es perfectamente entendible, ya que la concepción de HEGEL, parte del “derecho de la voluntad” sobre un “hecho suyo” que se reconozca como acción propia y final, lo lleva a establecer esta comunión de ambos momentos, el objetivo y el subjetivo, de allí surge la “unidad de sentido”, la que “implica una valoración sobre la voluntad natural de realización que

16. *Ibidem* ps. 35 y 36.

17. *Op. cit.*, p. 21.

18. *Ibidem*.

19. El pensamiento dialéctico de HEGEL se aparta del racionalismo de KANT, como así también, de las concepciones de FICHTE y SCHELLING, que no habían podido dar solución a la “contradicción” entre realidad y libertad. En HEGEL la libertad ya no es captable a través de los fenómenos, sujetándose a la leyes de la naturaleza “aun cuando la razón la hace inteligible en las categorías del entendimiento”; “habiendo negado la realidad como lo ‘en sí’, el pensamiento puro concibe el ser en su pura indeterminación: ‘lo indeterminado –dice HEGEL en la *Lógica*- como punto de partida absoluto... la *realidad* no se constituye en objetos que forman el contenido de representaciones al que luego se une la actividad subjetiva... La *realidad*, entonces, como objetividad, queda mediada o construida por la conciencia... La *realidad*, pues, es una subjetivización que se desarrolla mediante lo que HEGEL denomina *noción*. Noción como pensamiento que puede determinarse, crear, producir, es la realidad misma vista en la naturaleza puramente inteligible”, ZANNONI, *op. cit.*, ps. 35 y ss.

20. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 221.

21. HEGEL, George W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. Juan Luis Verma, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, ps. 120-121.

22. RUEDA MARTÍN, *op. cit.*, ps. 75 y 76.

23. HEGEL, *op. cit.*, p. 121.

alcanza relevancia jurídico-penal a través de un predicado de valor que es independiente del juicio de la imputación efectuado previamente²⁴.

1.4. La imputación en los poshegelianos

El concepto de imputación tuvo algo de continuidad después de Hegel, tal como se observa en los trabajos de BERNER. En este autor se puede contemplar una continuación del ideario hegeliano, para quien “el concepto de acción agota toda la esencia de la imputación. Por lo tanto podemos decir simplemente: la imputación consiste en un juicio que afirma la existencia de una acción real²⁵, es decir, “en la comprobación de que lo ocurrido era *querido* por el sujeto²⁶.”

La interpretación de la imputación que hicieron los hegelianos del siglo XIX, como lo era BERNER estaba asociada estrechamente a la teoría de la acción, por lo que se deducía que el problema de la imputación no podía desvincularse del problema del valor moral de la acción; cuestión que deja sentir la crítica de LARENZ como se verá en el punto 2 del presente trabajo.

Por consiguiente, todo se centralizaba en la “realización de la voluntad dirigida de un modo conciente” hacia un fin. De allí que se siga, como lo advierte SACHER DE KOSTER, “la causalidad no era esencial, sino que aparecía integrada en una conexión final. Por ello, hasta la mitad del siglo XIX se investigó sólo en muy escasa medida acerca de la causalidad, pues el tema no era de significación para los hegelianos. Ello se muestra, por ejemplo, con BERNER, cuando no trata a la conexión causal en la parte general, sino con referencia al delito de homicidio²⁷.”

1.5. La imputación en Carrara

CARRARA, para quien “imputar significa poner una cosa cualquiera en cuenta de alguien”; siguiendo en su concepción, no ya a Hegel, sino a Puffendorf²⁸, desarrolla en su Programa de Derecho Criminal la *imputatio facti*, la *imputatio juris* y la *imputatio legis*.

En ese sentido, el maestro de Pisa enseña que “el juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley políticamente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa *material* del acto, y le dice: *tú lo hiciste: imputación física*. Halla que aquel individuo realizó ese acto con voluntad inteligente, y le dice: *tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral*. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley del Estado, y le dice: *tú obraste contra la ley: imputación legal*. Y sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decir al ciudadano: te imputo este hecho *como delito*²⁹.”

Posteriormente al desarrollo del sistema de imputación en el campo de la materia civil, CARRARA establece la diferencia con la materia criminal, al establecer que “para que la autoridad social pueda legítimamente declarar que una acción le es imputable a su autor como delito, son indefectiblemente necesarios los siguientes requisitos: 1) que le sea *imputable moralmente*; 2) que pueda imputarse como *acto reprobable*; 3) que sea *dañosa a la sociedad*. Además de esto, para que la declaración de imputabilidad resulte eficaz, es menester: 4) que esté *promulgada la ley que la prohíbe*³⁰.”

En cierta forma a través de los postulados precedentes, CARRARA describe una imputación subjetiva y una imputación material fundamentada en el principio de legalidad.

1.6. La imputación en Kelsen

La idea de imputación pronto caería en el olvido, hasta los inicios del siglo XX, donde KELSEN lo vuelve a aplicar en su teoría pura del derecho, con una connotación distinta a la que guardaba en la concepción hegeliana.

Previo a establecer la fundamentación de la teoría pura del derecho, KELSEN inicia la tarea de depuración sobre las estructuras que componen la teoría general; separa el factor ideológico de los sujetos que son protagonistas en la producción de las normas (legisladores), como así también, de aquellos que las interpretan (jueces o partes), no los elimina mediante una negación sustantiva como se puede suponer, sino, que los deja “fuera de juego”. Ese mismo tratamiento realiza sobre las “valoraciones implícitas en los contenidos normativos, o en cualquier referencia psicológica³¹”. Esta limpieza que realiza KELSEN en las estructuras normativas hacen del derecho una “cosa objetiva, sin referencias ideológico-valorativas del sujeto creador de la norma, su intérprete o del propio científico³².”

24. RUEDA MARTÍN, *op.cit.*, p. 78.

25. Cit. en BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal- Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 199.

26. *Ibidem*.

27. *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 38.

28. *Programa de Derecho Criminal – Parte General, Vol. I*, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Témis, 1956, p. 34, nm.2.

29. *Ibidem*, p. 36, nm. 8.

30. *Ibidem*, p. 37, nm. 11.

31. RUSSO, *op.cit.*, p. 196.

32. *Ibidem*, p. 197.

Esta perspectiva estrictamente jurídica (distinción entre moral y derecho ya tradicional dentro del positivismo jurídico) deja absolutamente desconectada a la norma jurídica del resto de los campos sociales y psicológicos, ello produce reducir el estudio de “lo jurídico” al campo del “deber ser”³³.

Para este autor, la partición tajante entre el mundo de la naturaleza y el mundo normológico. Causalidad e imputación identifican ambos campos, el del “ser” y el del “deber ser” respectivamente.

KELSEN opone el concepto de imputación al de causalidad estableciendo que “la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad... Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que esta ha sido concebida –en su origen al menos– como necesidad absoluta... Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación... Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden ser interpretadas a la luz de las normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por ello al determinismo”³⁴.

De lo dicho se desprende que KELSEN hace referencia a la causalidad como principio ontológico, abordando, por otra parte, a la imputación como categoría gnoseológica; para “lo jurídico” guarda esta última dado que el autor entiende que no se necesita en el campo del derecho una relación causal. De allí que se siga que para la teoría pura, toda norma jurídica “establece siempre una relación y una consecuencia, y prescribe que la consecuencia debe seguir la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, concluye que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza”³⁵.

No cabe la menor duda que de esta perspectiva los contrapuestos causalidad-imputación son fruto de la tradicional distinción metafísica entre determinismo y libre albedrío; más allá que el jurista austriaco deja de lado el problema de la libertad por considerarlo “no necesario” como se deja entrever en los párrafos que anteceden, dado que no resulta ser la “facultad del espíritu humano conocida como libre albedrío”³⁶; en ese mismo sentido, “si la distinción entre ‘causalidad’ e ‘imputación’ es ineludible, y la causalidad se enlaza con el concepto de necesidad, la distinción lleva mecánicamente a reservar para la imputación el dominio de lo no necesario”³⁷.

2. Crisis³⁸ en el sistema causalista

Con el advenimiento del causalismo, en la segunda mitad del siglo XIX, se echa un manto de olvido a la idea de imputación trasladándose el centro del debate a la problemática de la acción, que en la versión del mecanicismo de esta corriente del pensamiento la cuestión se atomizaba sobre los movimientos físicos del sujeto que realiza la acción encauzándola hacia un resultado determinado, de allí que el sistema penal dependiera del “nexo causal” y obviamente de aquellas teorías que lo justificaran de manera racional.

Al respecto, WOLF dice que “sobre la base de este criterio naturalístico encontramos hoy descrito la ‘acción’ casi sin excepción como ‘actuación de la voluntad más resultado’; en donde ‘actuación de la voluntad’ es igual a ‘inervación del músculo’ (sea para la actividad, sea para la inactividad) y ‘resultado’ es igual a cambio material del mundo exterior físico”³⁹.

33. KELSEN parte de una premisa basamental: “el objeto del conocimiento jurídico es, por tanto, un ordenamiento normativo del comportamiento humano”. La norma expresa –a juicio de este autor– “que algo debe ser o debe ocurrir, que un hombre debe (soll) comportarse de determinada manera. Las normas constituyen el sentido de ciertos actos humanos dirigidos a la conducta de otros. KELSEN señala que cuando un hombre manifiesta su voluntad de que otro individuo se comporte de determinada manera, el sentido de su acto no puede describirse diciendo que el individuo hacia quien se dirige la norma se comportará de ese modo, sino que ese individuo debe (soll) actuar de esa manera... KELSEN expresa, al respecto, que con el verbo *sollen* se designa al sentido normativo de un acto dirigido a la conducta de otro individuo y que, en este sentido, se incluye no sólo el prescribir, sino también el permitir y el autorizar... para KELSEN, la norma es el sentido de un acto con el cual se prescribe, permite o autoriza un comportamiento determinado; y, en cuanto sentido de ese acto de voluntad, debe ser distinguido de éste. La norma pertenece al *Sollen*, al mundo del deber ser; en tanto el acto de voluntad es un acontecimiento psíquico, empírico: hállese ubicado en la esfera del ser...”, LACLAU, Martín, “Norma, deber ser y orden jurídico en Hans Kelsen”, pub. en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nro. 5, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, ps. 31 y 32.

34. *Teoría pura del Derecho*, 4ª ed., trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2005, ps. 26 y ss.

35. *Ibidem*, p. 30.

36. RUSSO, *op.cit.*, p.202.

37. *Ibidem*.

38. Así se refiere HONIG a la afectación de los propios límites del dominio del concepto de causalidad, cit. por WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, trad. Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2002, p. 152.

39. *Las categorías de la tipicidad*, trad. María del Mar Carrasco Andriano, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, ps. 29/31.

Posteriormente el neokantismo⁴⁰ vino a fortalecer con una dosis de normativismo los débiles fundamentos de la teoría causal de la acción, pero ello no fue lo suficientemente estable para lograr su sostenimiento ante los embates de una nueva corriente del pensamiento que pregonaba la doctrina de la acción final⁴¹.

Karl LARENZ inspirado en la revisión de la teoría de la imputación de HEGEL, inicialmente introduce la idea de imputación objetiva en el ámbito del derecho civil en las postrimerías de los años '20, con el objeto de limitar los hechos atribuibles al sujetos como propios de aquellos otros que fueran accidentales; "la pregunta decisiva, según LARENZ, es la 'que es lo que se puede atribuir al sujeto como su acción, de que se lo puede hacer responsable'. Cuando el resultado no es objetivamente previsible, el acontecer provocado por el comportamiento del causante no debe ser considerado como su propio hecho sino como un acontecimiento casual, mientras que la cuestión de si el autor concreto 'ha previsto el resultado o ha podido preverlo con sus aptitudes individuales' es tan sólo un problema de la imputación subjetiva (en el sentido de 'culpabilidad')"⁴².

El autor de cita llama la atención a la interpretación de la teoría de la acción e imputación que habían hecho los hegelianos, aduciendo que el concepto de imputación puede debatirse independientemente del problema del valor moral de la acción, dado que solo se debería establecer un juicio sobre una conexión objetiva.

Pero LARENZ advierte que el equivoco precisamente estriba en "unir la relación con la voluntad, el momento subjetivo del hecho a un juicio de valor jurídico de tal modo que la imputación era imputación de la culpabilidad"⁴³, consecuentemente este autor con la pretensión de que el concepto de imputación alcance a reconocer los sucesos producidos en el campo de la imprudencia, afirma que la imputación "no es un juicio causal sino uno teleológico. Sólo se puede concebir aquí el concepto de finalidad no subjetivamente sino objetivamente, de modo que hay que imputar lo que podría ser comprendido conscientemente y por la voluntad, lo que era posible como objeto de la voluntad. Un juicio tal de posibilidad no es ningún juicio causal, sino que es un juicio teleológico, puesto que no se sitúa en la pregunta como tal la posibilidad de un curso causal determinado, sino la posibilidad de su dominio a través de la voluntad. El hecho es la autorrealización de la voluntad y la imputación es el juicio que relaciona el hecho con la voluntad"⁴⁴; con un esquema de estas características, la imputación objetiva pasa a constituir el juicio teleológico mediante el cual se deberá determinar si el suceso realizado por el agente estuvo o no dirigido por su voluntad y si le fue o no objetivamente previsible.

Posteriormente, al despuntar la década del '30, los enunciados de LARENZ fueron tomados por HONIG, quien emplea la imputación objetiva no como un elemento del injusto, sino, como exigencia del concepto previo de acción⁴⁵.

Aún cuando HONIG entiende que de igual modo se podía desarrollar la teoría de la imputación de HEGEL desde la posición metodológica del neokantismo al que él estaba enrolado, por alguna razón

40. Existen autores como DÍAZ-ARANDA que encuentra muy discutido establecer el origen de la imputación objetiva del resultado tal como se conoce en la actualidad, ya que el propio Mezger hacía referencias a la acción como imputación en los días en que imperaba el neokantismo de la escuela Sudoccidental, ver "Imputación normativa del resultado a la conducta", pub. en La imputación normativa del resultado a la conducta, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 48 marginal. No obstante ello, MEZGER propiciaba en materia de nexos causal la "relevancia jurídica", es decir que se le puede dar el crédito de ser el primero de plantear la problemática en cuestión dentro del ámbito jurídico y no natural como se venía haciendo, pero la teoría esgrimida por MEZGER carecía de un método racional que guiara la lógica-deductiva para la solución de casos.

41. En este sentido WELZEL con suficiente claridad hace referencia a que "la aplicada teoría de la condición, en sí lógicamente irreprochable, se ve instada para abandonar su posición aparentemente fuerte en los casos límite, especialmente en los delitos calificados por el resultado. En contra de esto la prácticamente aprobada doctrina de la causación adecuada debe luchar con la dificultad en su justificación teórica, mientras tanto ella sea presentada como doctrina causal, quiere decir mientras se deje intacto el significado ontológico de la causalidad... Si se está de acuerdo con la vinculación causal de todo suceso acontecido, entonces este principio debe estar fuera del significado ontológico de causalidad, dado que, considerados desde el punto de vista causal, todos los factores son igualmente necesarios y por eso, en esta relación, 'de igual valor'. Entonces esto debe conducir con facilidad a declarar este principio como axiológico...", *Estudios de Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2002, ps. 121 y 125.

42. SANCINETTI, Marcelo A., "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", pub. en Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, ps. 186 y 187.

43. RUEDA MARTÍN, *op. cit.*, p.83

44. *Ibidem*.

45. Sobre la concepción "naturalista" de la acción que sostiene Honig, WOLF deja sentir su crítica, cuando expresa que "La doctrina dominante introduce, sin embargo, una determinada limitación ya en la definición de la actuación de la voluntad -tal vez sólo desde razones prácticas, porque la actuación de voluntad raramente está estandarizada, y a consecuencia de ello la selección de los actos voluntarios jurídicamente relevantes corresponde ya a la creación del concepto de acción, y no es sólo necesaria para el concepto especial de delito. Esto prueba lo incorrecto que es hablar de un concepto 'naturalístico' de acción -¡pre o extrajurídico!- Honig, difícilmente llega a una clara separación entre el concepto naturalístico y el jurídico de acción, porque no sabe deslindar el ámbito de lo empírico-natural, el de lo empírico-histórico, el de lo teleológico-jurídico y el de lo trascendental-filosófico. Los problemas de concurrencia, que Honig tan astuta y sabiamente, viven de esta confusión del fundamento teórico del sistema y solos han alimentado las representaciones paradójicas de las acciones 'naturales' en la cabeza de los juristas. Con el abandono de la pregunta erróneamente fundada esto deja de ser tal problema", *op. cit.*, ps. 29/31.

“renuncia conscientemente a fundamentar así su teoría para deducir el concepto de imputación objetiva de los principios generalmente reconocidos de la Teoría general del Derecho y con independencia de toda posición filosófica”⁴⁶, recurriendo así a la “persiguiabilidad objetiva de una finalidad”⁴⁷ con el objeto de dirimir “la vieja pugna entre teoría de la equivalencia y teoría de la adecuación”⁴⁸.

Tal como argumenta HIRSCH, resulta “razonable que la teoría de la imputación objetiva intente compensar el déficit dogmático que una aplicación de pura causalidad al tipo objetivo de los delitos de resultado lleva consigo. Es sabido que ya desde hace tiempo las teorías de la adecuación y de la relevancia se esforzaron en ello, pero no encontraron demasiados adeptos, la primera porque no logra separar suficientemente los cuestionamientos del problema de la causalidad y la segunda a causa de su vaguedad”⁴⁹.

De allí que se siga, que la motivación que lleva a HONIG a echar mano de la imputación objetiva, siendo ésta extraña en su naturaleza al sistema que aquel profesaba⁵⁰, residía en un problema estrictamente axiológico⁵¹ devenido de su extremo relativismo⁵², cuestión “neurálgica”⁵³ dentro del neokantismo.

3. La imputación en el sistema de la acción final

Terminada la Segunda Guerra Mundial se retoman las iniciativas interrumpidas y en la dogmática jurídico-penal cunde el pensamiento de la acción final.

WELZEL comienza la edificación de su teoría a partir del concepto de la acción, y ello tenía su razón de ser ya que si bien el concepto de acción no fuera muy discutido en cuanto a su eficacia dentro del sistema, ningún estudioso de la materia dudaba que era ese concepto el que le daba sentido al sistema. “Actividad final –afirma WELZEL– es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante final de la constelación de causas existente en cada momento...”⁵⁴.

Desde el campo de la ontología, el padre del finalismo, fundamenta su sistema en función de las estructuras lógico-objetivas⁵⁵, brindando de ese modo las condiciones de posibilidad de cumplimiento con la función y fines del Derecho Penal y, a la vez, vinculantes para el legislador, lo que significaría una limitación relativa⁵⁶.

46. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 129

47. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 222.

48. ROXIN, Claus, *Problemas...*, p.128.

49. “Acerca de la teoría de la imputación objetiva”, pub. en *Derecho Penal - Obras Completas -Tomo I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, ps. 39 y 40.

50. Algunos neokantistas venían ya experimentando la incorporación a la estructura del sistema de elementos que provenían del idealismo filosófico de Hegel, M.E. Mayer por ejemplo, a diferencia de Radbruch, “trata de situar el ideal jurídico concreto en una relación de dependencia con el estado cultural del momento. ‘Los fines, ideales e ideas que surgen de un estado cultural encuentran en él cierta justificación’. Estos contenidos responden a los de la metafísica hegeliana, pero sin su pretensión de validez absoluta”, WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho...*, p. 254.

51. WELZEL enseña que las “teorías jurídicas relativistas de Gustav Radbruch y de M. E. Mayer –ambas en conexión con el neokantismo sudoccidental de Windelband y Rickert– tratan de encontrar, de nuevo, el camino hacia determinaciones axiológicas de contenidos. De esta suerte van a desembocar en una especie de Derecho natural de contenido variable”, *Introducción a la Filosofía del Derecho...*, p. 253.

52. LASCANO, Carlos J. (h), *Derecho Penal - Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 87.

53. El neokantismo recibe la pesada herencia del positivismo, pero “lo decisivo para la valoración y el destino de la filosofía del Derecho neokantiana no es, sin embargo, sus esfuerzos en torno a la idea del Derecho, sino el hecho de que, debajo de su ‘superestructura ideal’, e inafectado por ella, permanece intacto, como un bloque errático, el ‘concepto estricto del Derecho’ del positivismo...La filosofía del Derecho neokantiana no solo hace suyo el concepto positivista del Derecho, sino que lo agudiza incluso, eliminando restos terminológicos procedentes de una época prepositivista, y completando la realidad positivista con componentes de otra esfera, de la esfera de la irrealidad, del ‘mero’ ideal o del ‘mero’ criterio, de tal suerte que el Derecho de la práctica jurídica y de la ciencia jurídica queda abandonado plenamente al ‘estricto concepto del Derecho’ del positivismo”, WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho...*, p. 255

54. WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción final*, trad. José Cerezo Mir, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2001, p. 41.

55. Al respecto, ZAFFARONI/ALAGIA/SKOLAR señalan que “la llamada teoría de las estructuras lógico-reales o lógico-objetivas fue un producto de la posguerra, que intentaba contener la omnipotencia legislativa y, por ende, formaba parte del conjunto de teorías que procuraba este objetivo apelando a la naturaleza de las cosas y que abarcaba también algunas tendencias iusnaturalistas. No puede afirmarse que la teoría de las estructuras lógico-objetivas sea iusnaturalista, salvo por parte de quienes consideren que cualquier limitación al legislador sea iusnaturalismo...Todo el movimiento en que se inscribe esta teoría constituye un intento de contención de la potencia legislativa, propio del momento de horror de la posguerra. La teoría de las estructuras lógico-objetivas pretende que el legislador esté vinculado con el mundo, so pena de ineficacia legislativa, salvo cuando violente estructuras lógico-objetivas fundamentales, como la que hace a la idea de persona, en cuyo caso caerá en un puro ejercicio de poder. El abandono de esta teoría en la doctrina posterior a Welzel llama la atención...”, *Derecho Penal - Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p.95.

56. GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, ps. 44-48.

Ello se encuentra ligado íntimamente con la doctrina de la “naturaleza de la cosa”, que encuentra en los tiempos de la modernidad⁵⁷ a su principal expositor en RADBRUCH, quien nos dice que ésta opera como “un medio de interpretación y de complementación de lagunas siempre que no contradiga el espíritu de la ley”, pero además ella “es una idea rectora para el Legislador. La idea rectora dominante es, evidentemente, la idea del derecho. Pero la idea del derecho no sólo está obligada a tomar en cuenta la naturaleza de la cosa, sino que está determinada internamente por ella, la naturaleza de la cosa está indisolublemente fundida en esta idea”⁵⁸.

En el marco de la crisis y caída estrepitosa del positivismo jurídico la revisión de los principios metodológicos del neokantismo de la Escuela Sudoccidental de Baden, esto es, la distinción del ser y deber ser como dos esferas independientes, “se produce un nuevo renacimiento del Derecho Natural, es decir, de aquel intento milenario de deducir de la naturaleza el deber ser del derecho”⁵⁹, RADBRUCH encontró en la “naturaleza de la cosa” un modo de vincular el Derecho a la realidad, en ese sentido asegura que “sirve para descargar un poco, sin hacerla desaparecer, la tensión del escueto dualismo entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. La idea del derecho es también la llamada a decir la última palabra con respecto a la naturaleza de las cosas”⁶⁰.

La doctrina de la “naturaleza de la cosa” junto a la “función de las estructuras lógico-objetivas” son postulados fundamentales en la teoría de la acción final. CEREZO MIR describe su vinculación del siguiente modo: “La naturaleza de las cosas destaca sólo de la multitud de datos ópticos desde determinados puntos de vista. La vinculación del Derecho a la naturaleza de las cosas es, por tanto, sólo relativa. Según cuál sea el criterio adoptado, se destacarán como esenciales elementos diferentes. Ahora bien, una vez adoptado un criterio determinado, los elementos que se destaquen como esenciales habrán de construir *necesariamente* el objeto de valoración del Derecho. El legislador no puede decidir ya entonces, a capricho, qué elementos ópticos habrán de constituir el objeto de su valoración.. La relación entre un criterio determinado y la correspondiente estructura lógico-objetiva es *indisoluble*”⁶¹.

Partiendo de los postulados ontologistas apuntados precedentemente, el tratamiento de la imputación en WELZEL está relacionado con la temática de la causalidad y de la acción. El resultado no puede ser el producto de una sucesión de causas, sino, que a esto hay que incorporarle la voluntad e intención⁶².

WELZEL parte de una concepción de la acción que se traduce en “unidad de sentido”, que se destaca de los demás sucesos causales, por tanto, “al lado del suceso causal hay un suceso heterogéneo que no está sujeto al orden de la causalidad, sino al sentido de la intencionalidad. Mientras el suceso causal se caracteriza porque cada causa es consecuencia de un proceso establecido universalmente por causas anteriores, es solo un eslabón de paso hacia el resultado en el suceso (teleológico) intencional, uno anterior determina su origen por sí mismo, según el contenido de sentido de los posibles objetos intentados. Por eso el resultado pertenece al sujeto en una forma completamente distinta como si fuera solo un efecto de su causa”⁶³.

De allí que se siga, que la existencia del resultado depende de la “libre voluntad del Yo resultante de la determinación del sentido”⁶⁴.

El iniciador del finalismo no desconoce la atribución “objetiva” de la acción al sujeto, como acción propia, pero aclara con detalle que “esta imputación (objetiva) no significa imputación para la culpabilidad, ella no detalla absolutamente nada sobre la valoración del suceso imputable, sino que a los factores del suceso particular, los cuales fueron sintetizados para una unidad de acción, se refieren al punto personal central dominante. De esto resulta que solo el suceso objetivamente imputable está en condiciones de ser atribuido a un autor como culpabilidad, dado que únicamente puede ser responsabilizado el sujeto personalmente determinado por el resultado legal realizado por él”⁶⁵.

A través de lo expuesto, WELZEL señala el fundamento ontológico mediante el cual a un sujeto se le atribuye un suceso, cuya valoración todavía es indeterminada, ya que la imputación nada nos dice

57. Su origen es de antigua data, “se haya ya en el pensamiento griego y perdura en el mundo romano (Cicerón, el Digesto, en el pensamiento ius-naturalista cristiano medieval (Santo Tomás de Aquino), en la Ilustración (Montesquieu), en la Escuela Histórica, en la Pandectista, en la jurisprudencia de conceptos, en la Escuela del Derecho libre y, bajo una u otra denominación, en muchos autores contemporáneos”, CEREZO MIR, José, “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”, pub. en Temas fundamentales del Derecho Penal, T. I, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, ps. 40 y 41.

58. *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, p. 79.

59. CEREZO MIR, “La naturaleza de las cosas...”, ps. 40.

60. Introducción a la Filosofía del Derecho, p. 30, cit. por VIGO, Rodolfo, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, pub. en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nro. 19, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 132.

61. CEREZO MIR, “La naturaleza de las cosas...”, ps. 50.

62. WELZEL, *Estudios de Derecho Penal*, p. 141.

63. WELZEL, *Estudios de Derecho Penal*, ps. 141 y 142.

64. *Ibidem*, p. 142.

65. *Ibidem*.

respecto a la culpabilidad o el mérito, es decir, si dicha valoración es positiva o negativa. A esto hay que agregarle un juicio de valor, no obstante ello, hasta aquí la fundamentación ontológica devela “los objetos penalmente relevantes: lo que solo es causal y no pertenece a la relación de ordenación teleológica de la intencionalidad no se toma en consideración para un juicio penal”⁶⁶.

El juicio de valor, como medida axiológica que brinde la relevancia penal buscada, WELZEL lo encuentra en la “posibilidad de prever”, ya que ésta es la intencionalidad misma del agente respecto de la realización del resultado, a la que deberá determinarse con sentido conforme a él, delimitando de ese modo el suceso causal. Esto último supone una vinculación atingencial de la acción basada intencionalmente.

El concepto de acción final entendida como “unidad de sentido” impregna todo el sistema penal, lo que conlleva a establecer la imposibilidad de escindir el tipo objetivo del tipo subjetivo, pues “el tipo objetivo debe estar subordinado a la legalidad del subjetivo o por lo menos, referirse a éste”⁶⁷.

Cabe apuntar, que en el debate y juicio sobre la corriente iniciada por WELZEL, la denominación es lo que acaparó mayor controversia, no así sus soluciones a los problemas. El concepto de “finalidad”⁶⁸ y los términos derivados de esta: acción final, finalismo, finalistas, es lo que concentró la apasionada disputa del ámbito doctrinario dejando de lado el debate científico de sus postulados. De ahí que se siga que el mismo WELZEL reflexionaba sobre su desacierto como denominación de la teoría, viendo la necesidad de “distanciarse de este concepto impreciso y cargado de apasionamiento y reflexionar sobre su significado: la voluntad de la acción”⁶⁹.

4. Re-descubriendo la imputación objetiva. Roxin y el sistema teleológico-funcional

No obstante, el férreo basamento iusfilosófico con que contaba el sistema finalista, el mismo presentaba serias dudas sobre determinadas cuestiones que hacen al tipo imprudente, cuya explicación resultaba difusa, incluso, para los sectores del finalismo crítico. Cuestión, que en gran parte, significó una suerte de “debilidad”⁷⁰ en el sistema⁷¹ de la que se sirvieron sus oponentes⁷² para lograr su desprestigio⁷³.

66. En este punto WELZEL critica la postura de LARENZ, toda vez que advierte que “nosotros nos contentamos en el resultado final con la bonita explicación de LARENZ, al coincidir con la teoría de la imputación de HEGEL y el concepto de la imputación objetiva, cuando nuestro punto de partida es también completamente distinto. Autor que partió de la propia filosofía trascendental y creyó poder prescindir de la carga metafísica, la cual, a nuestro parecer, influyó la explicación de LARENZ”, *op.cit.*, p.143.

67. *Ibidem*, p. 144.

68. El concepto no es original de WELZEL, sino que proviene de Nicolai HARTMANN. Cuando el primero adopta este concepto para dar vida a su sistema, describe un particular modo de actuar por parte del sujeto, consistente “en una disposición de factores causales dirigidos a un fin”, HIRSCH, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la Ciencia Penal alemana*, trad. Carlos J. Suárez González, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993 p. 39

69. *Ibidem*, p. 40.

70. HIRSCH al respecto infiere “recientemente, JESCHECK ha reiterado la opinión extendida que la ‘debilidad específica de la teoría final de la acción’ se muestra en la imprudencia porque con respecto del resultado no existe, en la misma, una verdadera relación final (ZStW 93- 1981, p. 16 y ss.; así también, el mismo en *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 176). Pero aun cuando el ‘finalismo’ ha tenido dificultades en compaginar los conceptos de acción e imprudencia, ha sido gracias a los esfuerzos clarificadores de la teoría final de la acción por lo que las estructuras propias de la imprudencia quedan al descubierto”, *La polémica en torno de la acción ...*, p. 34.

71. En la actualidad, se percibe un resurgimiento de los principios sostenidos en el sistema finalista a modo de reacción a la expansión del Derecho Penal en ámbitos difusos. El neofinalismo parte de una seria autocrítica del sistema de la acción final, para luego con base en la reafirmación de los postulados primigenios, construir lo derrumbado por las corrientes normativistas imperante. Se puede observar trabajos de profundos contenidos crítico hacia los sistemas modernos en GRACIA MARTÍN (*El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*), RUEDA MARTÍN (*La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*); así también se aprecian elaboraciones que ponen énfasis en esa “debilidad” del sistema finalista que apuntáramos ut-supra, vale decir, el delito “imprudente”, en autores como GIL GIL (“*Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva*”) y ABRALDES (“*La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido*”). Incluso, también se percibe un neo-ontologismo que “está representado ahora por Schünemann, independientemente de que rechace el ontologismo de Welzeliano, Schünemann encuentra algunos asideros o punto de apoyo de carácter intemporal, por ejemplo en materia de culpabilidad. Para Schünemann, el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación del ser humano es obligado para el Derecho, pues éste no puede ignorar la visión que tienen los ciudadanos de sí mismos y que se refleja incluso en las estructuras del lenguaje, en la reconstrucción social de la realidad”, CERREZO MIR, “*Conversaciones*”, pub. en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2001, <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc-03-c3.html>

72. De manera particular, aquellos de extracción neokantiana.

73. Ello se podría decir que fuera de modo relativo, ya que lo que se combatía del finalismo era su “exagerado” fundamento ontológico, más no aquellos progresos que realizó en el ámbito categorial del tipo, vale decir, la integración del dolo en el tipo conformando la estructura del injusto personal, cuestión indiscutida en la actualidad y de aceptación casi unánime en la Ciencia del Derecho Penal alemán (CERREZO MIR, José, “*El finalismo hoy*”, pub. en Temas fundamentales del Derecho Penal, T. I, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 388). Respecto a los ajustes del sistema, ello se realizaba mediante institutos que estaban en vías de elaboración, como es el caso de la “adecuación social” -que conforme lo expone HIRSCH – “Por acciones socialmente adecuadas han de entenderse aquellas actividades que se mueven por completo en el marco del orden ético-social normal, históricamente generado, de la vida comunitaria, es decir, todas aquellas actividades que están vinculadas de tal modo con nuestra vida social que deben ser consideradas como completamente normales. Conforme a la opinión original de Welzel, tales acciones nunca podían cumplir tipos delictivos, aunque pudieran subsumirse bajo el tenor literal de un tipo” “*Adecuación social y teoría del injusto*”, pub. en Derecho Penal - Obras Completas -Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, ps. 10-11.

No fue hasta bien pasado los años '60 que la noción de imputación del resultado comienza a re-descubrirse, como postura crítica al finalismo.

4.1. Crítica de Roxin al finalismo

Así como WELZEL había puesto todo su empeño en combatir el concepto causal de la acción, ROXIN, realiza su estudio a partir de la crítica al concepto de acción, dado que éste debía ser funcional a la dogmática del derecho penal y, para lograr esto, “tal concepto debía reunir las características válidas por igual para todas las formas de manifestarse la conducta delictiva”⁷⁴.

Este “megaconcepto” abarcativo de todas las manifestaciones delictivas ya había sido esbozado por RADBRUCH a través de una monografía aparecida en 1903 donde establecía la búsqueda de un concepto superior a “efectos sistemáticos” como misión esencial de la teoría de la acción. RADBRUCH al no hallar dicho concepto superior, abarcativo de todas las formas de comportamientos delictivos, optó por la supresión del concepto de acción de la teoría del delito, siguiendo esa tendencia, ROXIN le otorga a tal concepto un valor “estético-arquitectónico” porque en cuanto a sus fines sistemáticos “ello no tiene influencia de ningún tipo en la solución de los problemas materiales del derecho penal”⁷⁵.

ROXIN intenta desembarazarse no de un concepto de acción determinado, sino, de cualquier tipo de definición que pretenda erigirse en un “concepto superior” funcional al sistema, ya que ninguna de las definiciones ensayadas podría tener una capacidad de rendimiento óptimo.

El catedrático de Munich reconoce que en las definiciones⁷⁶ que precedieron al concepto final de la acción no se obtuvo ninguna consecuencia práctica, a diferencia de éste último que constituye “un sistema casi completo con numerosas soluciones a problemas”⁷⁷; aunque en los delitos imprudentes, el concepto final de acción no puede explicar la causación del resultado, ya que la mera causación del resultado no podía llegar a ser antijurídica, ni típica, porque no cumple los requisitos de tal concepto de acción⁷⁸.

Al reposar la estructura final en la causalidad, la acción y el dolo – explica ROXIN – apoya su preexistencia e inmutabilidad en esa fundición de estructuras ónticas, lo que conduce a la falla del sistema propuesto. Por tanto, podemos afirmar que sí existe una ley causal, pero que “no existe una estructura final preexistente. Que es final y qué no lo es, depende exclusivamente de las finalidades del orden jurídico”⁷⁹. Con esta afirmación, desconoce toda esencia preexistente de la acción y del dolo que guardaran conformidad con las leyes del ser.

Mediante ésta desaparición del concepto de acción, ROXIN fundamenta las bases de su esquema de la teoría del delito desde una perspectiva de la “imputación”, desplazando el problema de la causalidad, como producto de una teoría de la acción que partía desde una esfera ontológica a un ámbito estrictamente normativo, “según esto, la cuestión de si se le puede imputar a un hombre un resultado como obra suya depende desde un principio de los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos”⁸⁰. De este modo, ROXIN concentra la problemática de la teoría del delito en los criterios de imputación susceptibles de concreción.

4.2. El planteamiento de la “imputación objetiva”

A ROXIN se le reconoce como el precursor de esta nueva avanzada por imponer criterios normativos que regulen el tipo penal mediante la imputación objetiva. Anuncia que va tras las huellas dejadas por HONIG en un trabajo que el primero considera inconcluso. Por cuanto determina que la problemática no se centra tan sólo en el nexo causal y resalta cuando HONIG admitía que la tipicidad no planteaba una limitación a la responsabilidad, porque sólo la tipicidad crea el objeto de enjuiciamiento y con ello la base de la responsabilidad, “es el fundamento, no el correctivo del concepto de acción... En mi opinión, ya en este punto tiene la palabra el punto de vista normativo y no el naturalista”⁸¹.

Apunta JESCHECK, que “el baremo de la imputación objetiva en el área del tipo *no* es el mismo que en el campo de la doctrina de la acción. Mientras que allí se trataba de la posibilidad de control sobre el comportamiento humano, en el marco del tipo son determinantes el sentido de la acción típica y el juicio sobre su conexión con el resultado. Se está, pues, aquí ante un examen conforme a criterios *normativos*”⁸².

74. *Problemas básicos* ..., ps. 84 y 85.

75. *Ibidem*, p. 86.

76. Una guía de los distintos ensayos en las definiciones aludidas se encuentra en JESCHECK, *op.cit.*, cap. 1 de su segunda parte, nm. 23, ps. 195 al 203 inclusive; también con amplitud en su tratamiento, ROXIN, Claus, *Derecho Penal -Parte General T.I*, trad. de la 2a. edición alemana por Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, segunda sección, nm. 8, ps. 232 a 266.

77. *Problemas básicos* ..., p. 87.

78. *Ibidem*, p. 89.

79. *Ibidem*, ps. 92 y 93.

80. *Ibidem*, p. 128.

81. *Ibidem*, p. 130.

82. *op. cit.*, p. 250.

En este sentido, ROXIN estima que el trabajo del Derecho Penal es la “imputación de resultados y se hace depender dicha imputación de una contravención a las exigencias de la norma, la ineludible consecuencia de ello es que una conducta que concuerda con las exigencias del tipo relativas al deber no puede pretender objetivamente la provocación del resultado típico. Si a pesar de ello se produce el resultado típico, no se trata de una obra del autor, sino de un accidente”⁸³.

Lo básico en la formulación de la imputación objetiva de un resultado es poder determinar dos cuestiones que se presuponen: en primer lugar, la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido, y en un segundo paso, la realización de ese peligro en el hecho concreto causante del resultado⁸⁴, vale decir, una relación entre el riesgo y el resultado.

Pero ROXIN pronto experimentó que aún faltaba algo en su formulación, dado que existían otros casos que quedaban fuera del enunciado jurídico primigenio, de allí que elaboró la teoría de la esfera de protección de la norma⁸⁵ como criterio limitador de la responsabilidad. Explica que “en las acciones que disminuyen el riesgo, o en las inadecuadas, o en las que no aumentan el riesgo permitido, el resultado aparece situado fuera de la esfera de protección de la norma y, por ello, no es imputable; pero de ese modo sólo se habría encontrado un nombre distinto para una cosa ya conocida. La idea de la esfera de protección sólo puede obtener una función específica si se la reserva para casos que no son abarcados por los puntos de vista mencionados hasta ahora, es decir, para situaciones en las que el resultado se produce como consecuencia de una creación de riesgo no permitida en parte alguna y, sin embargo, no es imputado porque el legislador no quiere hacer responsable de ello a la persona que actúa”⁸⁶.

Esta construcción jurisprudencial del fin de protección de la norma recibe el apoyo mayoritario de la doctrina al erigirla en “teoría”, pero lo cierto es que como bien lo indica REYES ALVARADO, “reina la confusión en torno de los casos a los que ella debe ser aplicada, hasta el punto de que resulta viable cuestionar tanto su validez, como la necesidad misma de su existencia”⁸⁷.

El criterio de la imputación general y susceptible de imputación no es uno sólo, en realidad son un conjunto de ideas devenidas de distintas orbes, de las cuales dan cuentas los sostenedores de sistemas jurídico-penales muy diferentes, “sin que hayan caracterizado a estas ideas también como imputación objetiva”⁸⁸.

GIMBERNAT ORDEIG en referencia a ello, admite que “lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella –desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo –y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto-, infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también –lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son sus principios que deben informarle- la imputación objetiva”⁸⁹.

Esto último, es lo que le resta el *status* de una “teoría” propiamente dicha, “en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas”⁹⁰.

ROXIN a través del planteamiento de los criterios de imputación pretende desligarse del “dogma causal” estableciendo una teoría general de la imputación funcional, al menos, en lo que respecta a los delitos de resultado.

4.3. Las derivaciones interpretativas dentro del ámbito doctrinario

La asimetría del sistema diseñado por ROXIN, centralizando en la categoría del tipo el problema de la imputación, desde donde hallará el concepto de acción en cada caso particular, pero a la vez, respe-

83. *Ibidem*.

84. RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. por Claudia López Díaz, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37; es lo que éste autor señala como “relación de riesgos”.

85. ROXIN advierte que la teoría de la esfera de protección de la norma había sido desarrollada en el ámbito de Derecho Civil y que ahora comenzaba a entrar al ámbito del Derecho Penal con alguna vacilaciones, *Problemas básicos...*, p. 136. REYES ALVARADO completa la etiología de la teoría en cuestión cuando recuerda que “las primeras alusiones expresas al fin de protección de la norma se remonta a 1955, en decisión de noviembre 23 de 1955 fue por primera vez mencionada por la sala civil de la Suprema Corte de Justicia alemana al ocuparse de un caso donde se solicitaba una indemnización de perjuicios”, *Imputación objetiva*, 3ª edición, Bogota, Temis, 2005, p. 215 marginal.

86. ROXIN, *Problemas básicos...*, p.136.

87. *Op. cit.*, p. 216.

88. SCHÜNEMANN, “*Consideraciones sobre la imputación objetiva*”, p. 220.

89. *¿Qué es la imputación objetiva?*, pub. en Estudios de Derecho Penal, 3ª edición, Madrid, Técnos, 1990, p.212.

90. STRUENSEE, Eberhard, “*Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo*”, pub. en El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún, trad. Fabrizio Guariglia, Buenos Aires, Del Puerto, 1995,

tando el injusto personal (dolo en el tipo), brindando así a los llamados criterios de imputación un margen considerable y hasta difuso se podría decir, provocando la reacción de la doctrina, sosteniéndose diversas posturas al respecto, como así también, numerosas variaciones. Aquí sólo se citan algunas de las mentadas posturas que no fueron tomadas al azar, sino, que unas por su valor crítico dirigido a la desmesurada aplicación de la imputación objetiva del resultado y, otras por su crítica a la ubicación categorial constituyen marcados puntos de vista que denotan las serias y profundas diferencias que impera en la doctrina jurídico-penal actual, así también, no podíamos dejar de lado aquellas posiciones que plantean sistemas integrados de imputación interesantes en el análisis de la temática en estudio

4.3.1. La imputación como *definiens* de la acción típica

Wolfgang FRISCH concentra en la doctrina de la conducta típica la cuestión de la creación de un riesgo desaprobado. Como lo afirma el catedrático de Freiburg: “no es una cuestión de la imputación objetiva del resultado, sino ya de la conducta típica, aquello a lo que alude el requisito de la creación del riesgo desaprobada, con independencia de si se concibe la conducta típica objetivamente, definida por un peligro desaprobado, o si se considera característico que el autor cree, según su representación, un peligro...”⁹¹. Todos los interrogantes que se pueden plantear respecto a los casos de creación del riesgo que deban reputarse como desaprobados es para FRISCH una cuestión de la teoría del comportamiento típico⁹².

Sospecha de haberse incurrido en una “inflación” de la imputación objetiva del resultado hasta constituir una “supercategoría”, apoyándose en que “el resultado no se imputará si el autor, con su comportamiento, sólo ha reducido el riesgo de producción del resultado”, FRISCH se pregunta: ¿puede uno hablar ya en tal caso de comportamiento prohibido, típico?, este tipo de interrogantes y otros, como el riesgo general de la vida puesto en marcha por el autor, lo hace confluír en que la creación de peligro desaprobada debe ser el núcleo del comportamiento típico, más no de la doctrina de la imputación⁹³.

FRISCH intenta determinar qué pertenece al disvalor-acción y qué pertenece al disvalor-resultado en la estructura del delito, de ese modo procede a limitar la imputación de los peligros derivados de la acción, para así poder fundamentar los casos que auténticamente son de imputación objetiva con un criterio normativo más preciso.

ROXIN fustiga la postura de FRISCH aduciendo que éste último se aparta del posicionamiento indiscutido sobre el dato de que desvalor de acción y desvalor del resultado no pueden desvincularse entre sí, como se llega con la proposición ofrecida por FRISCH al diferenciar tangencialmente entre ‘conducta típica’ e ‘imputación del resultado’, porque –continúa diciendo ROXIN- “no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata siempre de la imputación o no imputación del resultado; al causante no se le imputa el resultado si de antemano se ha comportado adecuadamente, como tampoco se le imputa si el curso causal era especialmente extravagante”⁹⁴.

4.3.2. La imputación objetiva como característica de la antijuridicidad

Desde la crítica a su ubicación categorial, BUSTOS RAMÍREZ, reconoce que la imputación objetiva es la mejor alternativa que responde al carácter teleológico del derecho penal, el autor de marras parte de la premisa de que la imputación objetiva se diferencia de la causalidad por su carácter valorativo, ello hace que esté fuera de lo fáctico, porque su interpretación debe ser axiomática, dado que “no se trata de establecer una relación de causalidad, sino de establecer la relación desde el fin de protección de la norma que es el bien jurídico. Luego, lo que interesa destacar es un resultado desvalorativo (un ‘resultado jurídico’), que es la afección a ese bien jurídico, ya sea su lesión o su puesta en peligro”⁹⁵.

De allí que se siga que siendo el bien jurídico el “principio generador” de las normas, su “fin de protección”, toda amenaza al bien jurídico protegido excede tanto el contenido de la norma como el tipo legal, ya que éste último se sustenta en la norma. Esta íntima conexión de la imputación jurídica con los bienes jurídicos le permite inferir a BUSTOS RAMÍREZ, que la imputación objetiva “no puede ser una característica de la tipicidad, sino de la antijuridicidad”⁹⁶.

Esta postura también mereció la crítica de ROXIN, quien señala que en el planteamiento de BUSTOS RAMÍREZ existe una buena cuota de contradicción, ya que éste último admite que la imputación objetiva no es un problema de la tipicidad, sino que el lugar sistemático que le corresponde es el de la antijuridici-

91. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004, p.74.

92. Obviamente esto dejaría fuera del ámbito de imputación los casos catalogados como de “disminución de riesgo” y también aquellos que retrasan la producción del resultado típico, FRISCH, *op. cit.*, p. 75.

93. *Ibidem*, p. 47 y ss.

94. ROXIN, Claus, *Derecho Penal -Parte General T.I*, trad. de la 2a. edición alemana por Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 365, nm 11, 42.

95. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “*La imputación objetiva*”, pub. en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 212.

96. *Ibidem*, p. 213.

cidad, pero al mismo tiempo admite los criterios de imputación dados por el catedrático de Munich, vale decir, la creación de un riesgo no permitido⁹⁷, cuestiones que tienen lugar en el ámbito de la tipicidad y no en el estadio de la antijuridicidad, como lo afirma BUSTOS.

4.3.3. La imputación objetiva y los niveles de imputación

MIR PUIG expresa que “la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal son tres niveles necesarios para que sea posible la completa imputación a un autor culpable”⁹⁸.

La integración de los tres niveles de imputación, MIR PUIG los hace jugar comparativamente como contextos integradores que permiten fundamentar de forma convincente una concepción de la imputación objetiva que haga compatible su significado específico inicial vinculado a la exigencia de previsibilidad con su necesario carácter normativo⁹⁹. El autor de cita establece que “mediante las palabras imputamos sentido a las cosas. Esta imputación se efectúa en cada uno de los niveles en que se emplea el lenguaje, puesto que existen diversos usos sociales del lenguaje. El uso jurídico del lenguaje no coincide por completo con los usos sociales no jurídicos, y aun dentro del lenguaje jurídico podemos distinguir distintos usos según la rama del Derecho de que se trate o, incluso, según la institución ante la que estemos”¹⁰⁰.

En realidad no hay nada nuevo en el modo “comparativo” que MIR PUIG hace jugar los contextos de realización del dolo y la culpabilidad, más allá que el autor le cambie de rótulo a sus nombres originales, la integración aquí sólo es una cuestión lingüística que nada cambia al significado conceptual de los contextos aludidos, ni tampoco justifica o fundamenta de modo alguno una teoría de la imputación objetiva. Sólo es un juego de palabras, donde se intenta ordenar por su “adscripción” al término “imputación”, cuestión ausente de consecuencias para la teoría del delito ya que solo se trata de un “juego de suma negativa”.

5. Puntos y contrapuntos en la imputación objetiva

Como hemos observado en el apartado anterior, las distintas posturas que asume la doctrina van marcando determinadas tendencias que más que una evolución progresiva en la temática en estudio resulta ser un *come-back* a viejas cuestiones que creíamos ya superadas, como lo son el desvalor de la acción y el desvalor del resultado¹⁰¹.

La ambición por la búsqueda de una teoría que brinde un tratamiento homogéneo tanto para los delitos dolosos, como para los imprudentes, que explique las acciones como así también las omisiones ha sido la obsesión de la dogmática jurídico-penal. Así como el finalismo presentaba su debilidad en el flanco que los delitos imprudentes creaban, las corrientes funcionalistas partiendo de los delitos imprudentes intentan justificar los delitos dolosos sirviéndose de la imputación objetiva, cuestión que genera cuantiosas dificultades.

La imputación en sus distintas versiones: imputación al tipo objetivo¹⁰², imputación como injusto¹⁰³, imputación del resultado¹⁰⁴, o bien, imputación como *definiens* de la acción típica¹⁰⁵, muestra un panorama realista de lo que el problema de la imputación ha generado en el ámbito doctrinario. Siendo que esta variedad de criterios la convierte en un concepto maleable para todo uso dentro del sistema, existiendo serias dudas sobre su verdadera utilidad.

97. ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, p. 365, nm 11, 42.

98. *Estado, pena y delito*, Buenos Aires/Monteideo, B de f, 2006, p. 372.

99. *Ibidem*, p. 370.

100. *Ibidem*, p. 364.

101. Problema de antigua data que encendió el debate por la década del '50, ver STRATENWERTH, Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, trad. Marcelo A Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, así también, ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990. BACIGALUPO aclara la cuestión cuando admite que “la teoría de la acción finalista reconoció en sus primeras formulaciones, frente a la teoría de lo ilícito de la noción causal de la acción, que lo ilícito no sólo consistía en la producción de una lesión de un bien jurídico (disvalor del resultado), sino que requería un particular disvalor de acción. Este disvalor de acción –como vimos– está constituido por el dolo (y los demás elementos subjetivos de la autoría) en los delitos dolosos y por la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos” (*Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1998, p. 76). WELZEL, “sin embargo –como pone de manifiesto ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR– preocupado por acotar la tipicidad en la función del dolo y por debatir la naturaleza del injusto y de la culpabilidad, monto la finalidad sobre la causalidad y no perfeccionó mucho las consideraciones del aspecto objetivo de la tipicidad, dejando el problema de la causalidad casi en el punto en que lo hallara y tratando de resolver múltiples problemas de imputación con su *adecuación social de la conducta*, que también abarcaba otras hipótesis de atipicidad” (*op. cit.*, p. 383); es precisamente en este punto que surge la imputación objetiva propuesta por el funcionalismo sistémico por un lado, y por el otro, la postura doctrinal que propugnaba el *desvalor de acto puro*, quitando el resultado del tipo y dejándolo reducido a una cuestión de punibilidad, esta última postura era la que guardaba ZIELINSKI.

102. ROXIN, *Derecho Penal...*, ps. 365 y ss., nm. 11/43.

103. JAKOBS, *Derecho Penal- Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, ps. 245 y ss, ap. 7-IV/B.

104. MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal – Parte General T.I*, trad. Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, ps. 320-324.

105. FRISCH, *op. cit.*, p. 37.

Aquí nos manejaremos con una interpretación de la imputación objetiva tal como se nos presenta en el modelo funcionalista clásico donde apunta a ser un juicio de atribución del resultado al tipo objetivo.

5.1. La disfunción primaria del sistema jurídico-penal

Previo al análisis crítico de los principales postulados de la imputación objetiva considero que es de sumo interés abordar una temática de fundamental importancia por considerarse el punto de partida para comprensión de las tantas disfunciones provocadas en el sistema. Esta es la problemática del concepto de acción, que a mi juicio, es la que provoca la disfunción primaria en el sistema.

JESCHEK nos recuerda que “existen dos posibilidades para la construcción de la teoría del delito. La dogmática puede renunciar a la creación de un particular concepto de acción y comenzar directamente con la tipicidad, por no parecer posible una definición general de la acción, previa a las categorías jurídicas, o porque, en cualquier caso, habría de mantenerse en un plano tan general que carecería de todo valor sistemático. O la doctrina puede intentar dilucidar con carácter general, antes de la discusión sobre los propios elementos del delito, qué debe entenderse por acción en Derecho penal. El segundo camino sigue mostrándose como correcto, pues... resulta necesario un concepto de acción al que puedan incorporarse como atributos estos elementos, y ello no sólo por razones gramático-constructivas... hay también un interés *teórico* en la caracterización positiva del comportamiento humano jurídico penalmente significativo, porque de aquella se infiere el límite extremo de la imputabilidad de un hecho como ‘obra del hombre’. Finalmente, el concepto de acción ofrece, además, un interés *práctico* pues, configurado de forma adecuada, asegura que desde un principio queda marginado todo lo que no puede ser de importancia para el juicio jurídico penal”¹⁰⁶

En el caso del sistema teleológico-funcional, resulta por demás obvio que el camino seguido fue el de renunciar a un concepto particularizado de la acción, porque como se dijo en el desarrollo del punto 4.1, ROXIN parte de una idea de desaprensión de dicho concepto, a la manera de cómo se venía desarrollando en las corrientes causalistas y finalistas; pero aquí no se debe confundir la “desaprensión” del concepto de acción con la ausencia de dicho concepto, como lo planteaban las teorías negativas (RADBRUCH, VON WEBER, y otros).

ROXIN desarrolla un concepto de acción que intenta amalgamar todo tipo de comportamiento delictivo (doloso, culposo y omisivo) bajo la llamada “manifestación de la personalidad” como elemento básico del sistema. “El concepto de acción aquí sostenido – asegura ROXIN- también es comprensivo en el sentido de que abarca, no un elemento parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo. Pero así como los peldaños valorativos del injusto y la culpabilidad se basan respectivamente en el suceso completo, pero éste sólo se tiene en cuenta en la medida en que sea necesario para el correspondiente aspecto valorativo... así también desde el punto de la acción sólo se necesita examinar lo que es necesario para comprobar que en todo caso concurre una manifestación de la personalidad”¹⁰⁷.

Por consiguiente, ROXIN tomó la idea de RADBRUCH sobre la necesidad del “superconcepto” de la acción y confía en el denominado concepto personal de acción por resultar funcional a su sistema abierto, dado que el mismo le sirve para todo tipo de conducta delictiva, como límite entre la acción y su ausencia¹⁰⁸ y, como elemento de enlace y unión sistemática¹⁰⁹. No obstante las supuestas “bondades” de la aplicación del concepto personal de la acción, frente a los demás elemento del delito el concepto se comporta con absoluta neutralidad, dado que “sólo se relacionará en etapas posteriores, en las que recibirá el aporte valorativo de cada uno de dichos elementos”¹¹⁰, aun así, ROXIN advierte que “en el caso de ciertas conductas omisivas no puede considerarse a la acción en forma neutra al tipo, pues en dichos casos no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es el presupuesto de aquella”¹¹¹.

106. *Tratado de Derecho Penal- Parte General*, trad. José Luis Manzanera Samaniego, 4ª edición, Granada, Comares, 1993, ps. 196-197.

107. *Derecho Penal...*, p. 255, nm.48.

108. *Ibidem*, ps. 258 y ss.

109. En este punto ROXIN traza la diferencia del mundo normativista y el mundo naturalístico, tomándolos a ambos como “falsificaciones”, contraponiendo a ambos la concepción del mundo propia del jurista, cual es la “socio-natural” de la “experiencia cotidiana. Con ello concuerda el concepto de la ‘manifestación de la personalidad’, que enlaza con la forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el ‘movimiento muscular’) o normativista (como la “no evitación evitable”) , y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica... Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real”, *Derecho Penal...*, p. 256, nm. 50.

110. PIÑERO, José Ricardo, *Derecho Penal - Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 245.

111. *Ibidem*.

Podemos observar que entre la concepción “personal” de la acción de ROXIN y la teorías sociales¹¹² de la acción, existe cierto parentesco¹¹³, donde la primera ensaya una perspectiva superior basada en la “manifestación de la personalidad”, siendo que la segunda establece la “perspectiva social” como punto de vista valorativo abarcativo de todo comportamiento delictivo, tanto la una como la otra carece de contenido significativo, de allí su inconsistencia al momento de explicar sus puntos atingenciales con el resto de las categorías. Pero más allá de su falta de compromiso con una dogmática científica-instrumental (de su aporte no se extrae ninguna cuestión fundamental al sistema)¹¹⁴, en la aplicación de este concepto “multiuso” de acción que realiza ROXIN, resulta notorio la idea de mantener inalterado la estructura del “injusto personal”¹¹⁵, cuestión que no deja de generar verdaderas contradicciones en el tipo, y ello precisamente, se presenta de ese modo porque la estructura del injusto responde a un concepto de acción final¹¹⁶, tal como fue delineada por WELZEL.

“Hay que tener en cuenta –nos informa HIRSCH- que la cuestión debatida no debe entenderse como un elemento conceptual independiente, previo al tipo, o comenzar por el tipo de injusto. En realidad se trata...del punto de partida de cualquier acepción jurídico-penal del tipo de injusto. Este postulado es-triba en cuestionar si se dan los presupuestos del tipo de injusto. De ahí que la controversia se centre, exclusivamente, en la manera de determinar, teóricamente, los requisitos generales de este primer nivel de valoración del delito”¹¹⁷.

La inobservancia de lo especificado precedentemente supone afirmar lo contrario, esto es, que el concepto de injusto personal ha de construirse con independencia del concepto de acción, supuesto donde “se descuida la necesidad propia de todo sistema de atender a los elementos estructurales generales que conforman el objeto al cual están dirigidos los mandatos y prohibiciones. Por lo demás, surgen dudas en torno a la posibilidad de explicar el concepto de injusto personal sin tener en cuenta el concepto de acción. Esto se debe a que no permite ninguna solución sistematizada considerar que la ubicación del dolo dentro del tipo de injusto resulta deducida del sentido de cada tipo de delito”¹¹⁸.

5.2. La disfuncionalidad categorial-refleja en el sistema. La confusión entre lo objetivo y lo subjetivo del tipo.

La ausencia del tan mentado concepto de acción provoca que la concentración de toda la actividad “imputativa” quede librada a la resolución del tipo, que en las modernas teorías que sustentan la imputación objetiva el tipo se encuentra escindido de manera tajante, adquiriendo suma importancia el aspecto objetivo por sobre la faz subjetiva, pero más allá de esta extrema escisión del tipo, existen elementos incorporados al tipo objetivo de naturaleza extraña al mismo, poniéndose en duda la “objetividad” de la imputación.

En efecto, lo objetivo de la imputación objetiva comienza a ser menos nítido atento a sus implicancias

112. NAUCKE aclara que “la teoría social de la acción en la actualidad no está construida tan claramente como la teoría causalista o finalista de la acción. Ello se debe a que la teoría social se ha esforzado por evitar las supuestas unilateralidades de ambas teorías y, al mismo tiempo, por hacer lo mejor de la teoría causalista y finalista de la acción. Por ello, también las consecuencias de la teoría social de la acción para el sistema del hecho punible están menos perfiladas que las consecuencias de la teoría finalista de la acción. Más bien, la teoría social de la acción se puede conectar tanto al sistema causalista (o a sus variantes) como al sistema finalista (o sus variantes)”, *Derecho penal. Una introducción*, trad. Leonardo Germán Brond, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 320, nm. 140.

113. Como lo detalla NAUCKE, “extienden la teoría social de la acción hacia una personal con distintos énfasis”, *op.cit.*, p. 321, nm. 142.

114. Propio de las teorías que se fundamentan en la filosofía del lenguaje.

115. ROXIN admite que “el injusto es injusto ‘personal’ de la acción referido al autor. Esta concepción se ha impuesto ampliamente porque es independiente de la aceptación de la teoría final de la acción como tal, y se deriva ya de la pertenencia del dolo y de los elementos subjetivos del tipo al tipo, la cual se basa en otras razones distintas de las de la teoría de la acción”, *Derecho Penal...*, p.320, nm.89. En ese orden de ideas, como lo advierte SACHER DE KÖSTER, “Roxin rechaza el finalismo como teoría de la acción; pero pese a ello, reconoce su consecuencia sistemática, de que el dolo debe estar ubicado en el tipo. Conforme a su opinión, esta consecuencia no proviene del concepto ontológico de acción del finalismo, sino del sentido social de las acciones típicas, que sólo pueden ser captadas por el dolo...Roxin sienta las bases para la formulación del concepto de acción en el ámbito normativo, en lugar de hacerlo en el campo de lo ontológico”, *op.cit.*, p. 89.

116. Aquí adquiere relevancia lo señalado por GRACIA MARTÍN, cuando infiere que “hay que partir de la observación de que en las Dogmáticas que rechazan el concepto final acción, e incluyen no obstante el dolo en el tipo, las relaciones entre el tipo objetivo y subjetivo difieren sustancialmente de las existentes en la construcción finalista. Ésta parte de la acción como *unidad* final-causal de sentido, y por ello el tipo que construye representa una valoración global y unitaria, pero sobre todo *sintética* de la *totalidad* de los elementos de la acción. La división del tipo en una parte objetiva y en otra subjetiva, así como también la anteposición del tipo objetivo al subjetivo es solo una exigencia del aspecto meramente analítico del método y de la didáctica del sistema. Materialmente, sin embargo, el tipo objetivo y subjetivo se encuentran fundidos en una unidad sintética indisoluble”, *El horizonte del finalismo...*, ps. 62 y 63.

117. *La polémica en torno de la acción...*, p. 24.

118. *Ibidem*, p. 25. Conforme al autor de cita, se dice que “muchas veces los preceptos utilizan puros términos objetivos”, entonces, “el lugar sistemático que ocupa en estos supuestos el dolo exigible, sólo puede extraerse con base en consideraciones dogmáticas generales”, *Ibidem*.

con el elemento subjetivo del tipo, dado que no se puede desembarazar desde el punto de vista naturalístico de la intencionalidad del agente¹¹⁹.

Ahora bien, el zanjar de manera determinante el tipo sugiere que el tipo objetivo obtuviera cierta autonomía. Esta diferenciación entre lo objetivo y lo subjetivo produce la incomunicación de ambos niveles, por tanto, el empleo de la moderna teoría de la imputación objetiva hace que se ponga énfasis en el tipo objetivo, independientemente del dolo, determinándose dicho nivel en primer término, para luego realizar la comprobación en el aspecto subjetivo del tipo en un segundo término.

En ese orden, ya no se puede hablar de una “unidad”, ni siquiera conceptual, porque el centro de la cuestión se encuentra en el tipo objetivo donde el empleo de la imputación objetiva obliga a la aplicación de los pretendidos “criterios de imputación”, concluyéndose en la realización del tipo objetivo. Seguidamente, al procederse a la comprobación de la realización del dolo puede suceder que “no había dolo de realizar ese tipo sino otro dolo distinto”, pues entonces “hay que regresar de nuevo al nivel del tipo objetivo sólo por la razón de que no se ha realizado el tipo subjetivo de ese delito. Así se puede concluir que al hacer abstracción de la finalidad en la comprobación de si se ha realizado el tipo objetivo, no es posible identificar cuál ha sido el tipo objetivo que ha realizado el autor”¹²⁰.

No obstante la cuestionable metodología que se observa en la dinámica “funcional” del tipo, provocando la “saturación” de éste, existen determinadas circunstancias en que se realiza la acción que reviste de cierta aptitud a la conducta del agente, donde será necesario tener en cuenta a la “hora de formular el juicio de previsibilidad objetiva”¹²¹.

Ejemplos como el de producir lesiones a un hemofílico, a sabiendas del padecimiento de dicha enfermedad o bien, el inyectar penicilina a quien se sabe alérgico a ésta, permite conjugar un conocimiento especial de la acción, cuyo significado variará respecto de aquel que carece del conocimiento de ese “dato”, es decir, que el hombre padecía de hemofilia o bien, el conocimiento respecto a la alergia a la penicilina. En ese orden de cosas, “la peligrosidad de una acción depende de los conocimientos actuales que posea el autor sobre las circunstancias del hecho en que actúa”¹²².

El tratamiento de los conocimientos especiales del autor domina en estos casos la formulación del juicio de previsibilidad, el cuál dependerá asimismo del modo en que se plantee, es decir, si éste puede formularse de manera exclusiva referida a su aspecto puramente objetivo, sin reparar de modo alguno en la finalidad de la acción.

Los defensores de la moderna teoría de la imputación objetiva realizan el planteamiento expuesto haciendo abstracción de la finalidad de la acción, concluyendo indefectiblemente en que el juicio de previsibilidad objetiva es otro de los “criterios de imputación”, solución irremediamente forzada por la circunstancia de la desvinculación de la formulación del “sentido” de la acción. Entonces, de “lo que se trata —explica RUEDA MARTÍN— es de averiguar si el juicio de previsibilidad objetiva se puede formular adecuadamente sin tener en cuenta los elementos estructurales de la acción humana”¹²³. Si esto último no satisface es precisamente porque el “juicio de previsibilidad objetiva” determina la relevancia típica de un suceso en el que ya se ha comprobado previamente la existencia de la estructura material de la imputación, vale decir, “un juicio axiológico sobre una estructura material de imputación”¹²⁴.

Por consiguiente, el tratamiento de los “conocimientos especiales del autor” es un paso más que obligado en el estudio de la moderna teoría de la imputación objetiva porque este elemento de naturaleza subjetiva está integrado en la base de la valoración del peligro desaprobado, que tiene lugar tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. Pero “ello no supone — como lo advierte MIR PUIG— que la ‘imputación objetiva’ deje de ser ‘objetiva’, sino sólo que se condiciona a datos subjetivos. Sigue siendo ‘objetiva’ porque no se refiere a la cuestión de si concurre el tipo subjetivo (el dolo), sino a la de si concurre la parte objetiva del tipo doloso. También es subjetivo el dato de los conocimientos especiales del autor que

119. REYES ALVARADO, *op. cit.*, p.80. El autor de mención nos recuerda que la discriminación entre lo objetivo y lo subjetivo no es una cuestión nueva, y la raíz del problema hay que buscarlo en los comienzos del siglo XIX, en los planteamientos de Radbruch y Von Liszt. Tomando este punto de partida histórico, LESCH critica enérgicamente la partición del concepto de delito en las categorías sistemáticas del injusto y la culpabilidad, defendidas tanto por Welzel como por Roxin, reclamando la unicidad de categoría en el sistema ya que tanto imputación objetiva como imputación subjetiva se complementan debido a que en “los delitos de comisión se entiende que el contenido mínimo de la imputación es la *relación causal* entre el suceso perturbador y un acto libre del autor. A esta relación causal debe añadirse además una *relación de culpabilidad*, es decir, una relación entre el suceso perturbador y la voluntad del autor, pues desde Klein y Feuerbach la responsabilidad penal debe basarse sin excepción en la culpabilidad por voluntad”, (*Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. de Ramón Ragués i Vallé, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p.8); de este modo, desde el funcionalismo sistémico se intenta extender la problemática que genera la imputación objetiva fuera del injusto penal comprometiendo otras categorías, supuesto que indudablemente torna confuso todo intento de sistematización, si es que por ello se entiende una teoría articulada y coordinada.

120. RUEDA MARTÍN, *op.cit.*, ps. 170 y 171.

121. *Ibidem*, p. 154.

122. *Ibidem*, p. 155.

123. *Ibidem*.

124. *Ibidem*.

deben tenerse en cuenta para decidir *ex ante* la adecuación de una conducta para causar un resultado, y, sin embargo, se admite que tal factor subjetivo no empece el carácter objetivo de la imputación¹²⁵.

Evidentemente, un planteamiento de tal naturaleza no deja de tener serios inconvenientes al momento de la realización del dolo. La moderna teoría de la imputación llega a este planteamiento por una razón obvia, la separación del tipo en dos hemisferio (objetivo y subjetivo) casi incommunicables produce que en el campo del tipo objetivo se comience a observar fisuras en el sistema a las que la ortodoxia normativa nos puede llevar; de allí que ROXIN se encuentre forzado a la demarcación del “peligro creado” mediante la aplicación de elementos subjetivos como lo son los “conocimientos especiales del autor”; no obstante ello, lo que le posibilita esta ubicación es el estar despojado de toda sujeción de sentido que le pueda dar un concepto de acción determinado.

Pero esta valoración del conocimiento especial constituye un examen distinto al del dolo, entonces ¿donde comienza el ámbito de los “conocimientos especiales” y donde comienza el ámbito del dolo? y, ¿de que modo podemos impedir una confusión dado su poco clara demarcación, ya que ambos acaecen en la psiquis del autor? Responder estos interrogantes equivale a relativizar la “rígida separación sistemática, que se remonta al naturalismo, entre presupuestos objetivos (pertenecientes al mundo exterior) y subjetivos (pertenecientes al interior de la psique humana) de la punibilidad, puesto que la imputación objetiva depende también de los conocimientos e intenciones del autor”¹²⁶. Aunque dentro de la “relativización” a la que se hizo mención, nada impide también que se pueda presumir hipotéticamente que la imputación objetiva sea función del elemento subjetivo del tipo, vale decir, del dolo propiamente dicho.

Este tipo de inconvenientes es lo que hace conflictiva la exposición de la moderna teoría de la imputación objetiva, dado que hasta el momento no se han recogido respuestas satisfactorias a nuestras preguntas, cuestión reconocida por los propios defensores de la teoría en debate¹²⁷.

5.3. La causalidad ¿Es la raíz de todos los males del sistema?

El problema de la causalidad no sólo resultó ser dificultoso para la dogmática penal, en el ámbito de la filosofía ya se cuestionaba su existencia y ubicuidad¹²⁸ y, en lo que hace al campo científico propiamente dicho tampoco fue pacífico su planteamiento, pensándose en algún momento su erradicación¹²⁹.

En el ámbito penal su influencia se hizo más notoria en tiempos del positivismo, donde el acercamiento a las ciencias naturales fue extremo.

El dominio de las corrientes causalistas le imprimió un lugar privilegiado dentro de la dogmática penal, situación que perduró hasta que el sistema fue cayendo por su propio peso en profunda crisis imposible de superar. Esto posibilitó que la corriente que propugnaba la acción final, con conceptos frescos y claros, sorteara las trampas del positivismo jurídico y del causalismo normativo a través de dos postulados fundamentales: las “estructuras lógico-objetivas” y el postulado de la “naturaleza de las cosas” anclaba al sistema en sólidas bases ontológicas, sirviendo esto último para conducir la cuestión de la causalidad desde el plano del ser hacia el resto del sistema.

WELZEL hace uso de la “teoría de la causalidad adecuada”, incorporando a la vez el elemento de la “previsibilidad” con el fin de aunar el plano práctico (donde se sabe que se desarrolla la causalidad), con el plano normativo, esto último de interés para el sistema, ya que se necesitaba de un elemento que brindara la relevancia jurídico-penal tal como auguraba MEZGER.

En el proceso del re-descubrimiento de la imputación objetiva, ROXIN parte de la crítica a la teoría

125. *Derecho Penal – Parte General*, 5ª edición, Barcelona, Reppertor, 1998, p. 234, nm. 55.

126. SCÜNEMANN, Bernd en su Prologo al sistema moderno del derecho penal, p. 24, cit. por RUEDA MARTÍN, *op.cit.*, P.158.

127. Ver CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bogotá/Barcelona, Universidad Externado de Colombia/J.M. Bosch, 2001, p. 90.

128. Por ejemplo, KANT en su obra deja entrever la diferencia entre la sucesión de fenómenos que acaece en la naturaleza (causalidad propiamente dicha) y los sucesos devenidos de su propia voluntad, los que tienen lugar en el mundo inteligible, en este sentido, afirma “como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, el hombre nunca puede pensar la causalidad de su propia voluntad más que bajo la idea de *libertad*, pues ésta no es otra cosa que la independencia de las causas determinantes del mundo sensible (independencia que siempre debe atribuirse a sí misma la razón). A la idea de libertad, por otro lado, viene a vincularse necesariamente el concepto de autonomía, y con ésta, el principio universal de la moralidad que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de los seres racionales, exactamente igual que la noción de ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos”, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Libertador, 2004, p. 122.

129. Partiendo del determinismo, el campo científico intenta encontrar fundamentos de peso para contrarrestar el principio causa, BUNGE recuerda que “hasta hace poco tiempo, la mayor parte de los hombres de ciencia y de los filósofos de la ciencia creían que la mecánica cuántica había asestado a la causalidad un golpe mortal, al revelar que los fenómenos cuánticos son intrínsecamente fortuitos y por ello sólo predictibles de manera estadística”, pero la incertidumbre que se observa en dicho campo de estudio (ya denunciado por EINSTEIN en sus tiempos ante la ausencia de lo empírico) hace reflexionar a BUNGE al vaticinar que “el futuro del principio causal no parece más incierto que el de ningún otro principio particular de determinación subsumido en nuestro principio general de determinación. Todos ellos parecen *ahora* indispensables y son acaso insuficientes, pero la mejor política es no apostar por ninguno de ellos”, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997, ps. 483 y ss.

de la "causalidad adecuada", como así también, "la teoría de la equivalencia". En relación a la primera, descarta que sea una teoría causal considerándola una teoría de la imputación, observando que aquella es insuficiente "si se considera que con la adecuación de un curso causal está solucionando el problema de la imputación. En efecto, su ámbito operativo se limita en lo esencial a excluir la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales. Pero hay otras numerosas constelaciones...en los cuales se puede afirmar sin más la existencia de un nexo condicional adecuado, pero pese a todo se debe rechazar la posibilidad de imputación. Es decir, que el principio de adecuación sólo es un elemento estructural -aunque ciertamente importante- dentro de una teoría general de la imputación; forma parte de la misma y ya no necesita un tratamiento separado en el marco de una teoría independiente"¹³⁰.

En cuanto a la segunda -el catedrático de Munich no resulta ser tan condescendiente como la anterior- señala que "la teoría de la equivalencia, a la que tantos aplausos se le han tributado en Derecho penal, es una invención metodológica poco afortunada. Ya el mismo carácter unívoco de los resultados, que se aduce en su honor, está expuesto a algunas dudas. Pero sobre todo, dicha teoría...no puede dar respuestas a las cuestiones materiales que se le plantean a la imputación en el Derecho penal; precisa de innumerables 'correctivos', cuya dificultosa fundamentación suprime mas que de sobra la ventaja de la simplificación lograda mediante la teoría de la condición; y además crea nuevos problemas, que quedan excluidos de antemano si se aplican criterios de imputación orientados a la realidad. El punto de partida de Honig está, por ello, mucho más cargado de futuro que el dogma causal naturalista, que aparentemente ha dominado el panorama hasta hoy"¹³¹.

La dudas que ROXIN tiene sobre la teoría de la equivalencia, son disipadas por SILVESTRONI, quien advierte que "a partir de la confusión sobre el verdadero sentido y utilidad de esta teoría se le dirigieron críticas tales como que extendía la tipicidad hacia el infinito, que la causalidad no podía determinarse desde un aspecto meramente natural sino jurídico, que no permitía relevar las causas más relevantes para la producción del resultado y muchas más. Lo cierto es que, como la causalidad es condición necesaria pero no suficiente de la tipicidad, ningún problema jurídico se desprende de todas esas objeciones. No tiene ninguna importancia que la causalidad se extienda hacia el infinito, porque al derecho penal sólo importa una parte de ella, que la descripta por el tipo y la que fue abarcada por la subjetividad del autor. La causalidad entendida como lo que pasó no es un problema jurídico sino una realidad ontológica, una categoría del ser, que no puede ser suplantada en los tipos que la requieren"¹³².

Como se puede apreciar, las teorías que se esfuerzan por vertir claridad al asunto, el funcionalismo si no las puede sumar a la imputación las desecha de plano, por el contrario, de ser útiles, pasan a engrosar el conjunto de los denominados "criterios de imputación".

Ahora bien, el problema de la causalidad no es una cuestión sencilla de resolver, aun así, ello no equivale a prescindir de ella como elemento inútil para sistema jurídico-penal.

Porque la causalidad es aquello que nos une con lo físico, con la realidad, es aquello que se resiste a ser atrapado por el mundo normológico y por tanto resulta de difícil determinación al intentar brindar una interpretación racional de los acontecimientos. En referencia a ello, MAURACH afirma que la teoría de la causalidad establece un vínculo gnoseológico entre la acción y el resultado típico producido por ella, estableciendo el criterio de que el concepto jurídico-penal de causa no pertenece a la filosofía ni a la ciencia de la naturaleza, pues el hecho determinante de la responsabilidad debe tomar como punto de partida la conducta del autor, y el Derecho Penal considera sólo causal, respecto del resultado, la conducta adecuada al tipo; dado que causalidad, como causación en sentido material, no se adaptaría a los objetivos del Derecho Penal¹³³.

Ahora bien, más allá de sus críticas, ROXIN nunca pretendió desplazar la causalidad de su sitio, sino, amalgamarla a los criterios normativos de imputación, motivación que la doctrina venía buscando desde los planteamientos de MEZGER; de allí que se siga, en primer lugar debe procederse a la constatación de la causalidad y posteriormente, en un camino inverso, la conexión del resultado mediante el empleo de la imputación objetiva.

130. *Derecho Penal...*, p.361, nm.34.

131. *Problemas...*p. 133.

132. *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, ps. 213 y 214. Al respecto, NINO entiende que resulta "obvio por qué es tentador identificar la causa de un evento pernicioso con una acción deliberada, si la hay, que sea condición necesaria de ese evento; porque, si a través de esa identificación y de las consecuencias morales y jurídicas que ella implica, logramos prevenir acciones similares, lograremos impedir los eventos nocivos a que ellas conducen. Es también obvio por qué no podemos entregarnos totalmente a esa tentación: tal identificación de causa con una acción que es condición necesaria nos llevaría a desalentar todas las acciones, puesto que cualquier acción puede ser condición necesaria de un evento dañoso...ninguna acción es por sí sola condición suficiente de resultados dañosos. Son, por tanto, consideraciones valorativas pragmáticas muy elementales las que hacen que nuestro sentido común exija que una acción sea algo más que una condición necesaria y algo menos que una condición suficiente del resultado para concluir que esa acción fue causa del resultado", *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, ps. 92 y 93.

133. *Op.cit.*, ps. 306 y 307.

Actualmente en el funcionalismo de JAKOBS la idea de causalidad tiende a desaparecer a modo de la teoría pura kelseniana¹³⁴. Para el catedrático de Bonn la causalidad es un problema naturalístico que no tiene cabida en el campo del derecho, trazando así una valla infranqueable entre la realidad (con la cual corta todo vínculo, reconstruyendo su propia realidad desde el sistema) y el campo dogmático, estructurando así un cerrado normativismo.

Como se observa, la disparidad de criterios y posturas que imperan en la materia merece que se adopte una posición reflexiva sobre si éste es el camino correcto que se debe seguir. Lo dicho responde a una cuestión de difícil solución dado que la imputación objetiva intenta sustituir el verdadero problema del tipo penal, cual es la "causalidad".

5.4. El uso de los "correctivos"

Habíamos acentuado en el punto 4.2 que de la formulación de la imputación objetiva del resultado sólo se deriva un juicio de atribuibilidad carente de otra significación, dado que con dicho enunciado sólo se indica que a un determinado sujeto se le endilga algo. Esto denota lo vacío de contenido que resulta ser la moderna teoría de la imputación objetiva.

En función de lo dicho, ROXIN reviste a la teoría en debate de un conjunto de "criterios" que él los denomina "criterios de imputación", donde la mayoría de ellos van a circunscribirse a la idea de "riesgo" como principio concretizador de la mentada teoría.

5.4.1. El riesgo como presupuesto de imputación

Se observa que el contenido esencial en la moderna teoría de la imputación objetiva es el "riesgo", definido por REYES ALVARADO como el "desfavorable devenir de un suceso o a la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajosas consecuencias"¹³⁵, siendo en torno a éste elemento que se circunscribe todo el desarrollo de la imputación objetiva, que conforme a la concepción seguida por ROXIN, reside sobre la idea de creación y/o incremento de un riesgo desaprobado.

Por otra parte, la problemática de la determinación del riesgo desaprobado "gira fundamentalmente en derredor de la incógnita sobre si son los factores individuales o los criterios generales los que deben ser tenidos en cuenta"¹³⁶, en principio podemos decir que no se toma la frecuencia de las conductas lo que se toma como estándar para evaluar su determinación, sino, que como indica REYES ALVARADO "lo determinante es el consenso social respecto de la aceptación o repudio de determinados comportamientos"¹³⁷.

Esto resulta por demás cambiante, ya que la elección de cuales serán los riesgos que se reputarán dentro de un estándar repudiable por el consenso social siempre va a suponer una valoración de tipo social y, "los juicios de valor varían de acuerdo con la ubicación espacial y temporal de las sociedades"¹³⁸.

La exigencia de la imputación objetiva considera una creación desaprobada de peligro previa, lo que indica a las claras la constatación de dos momentos fácilmente identificables, el primero de ellos es precisamente la creación del riesgo, siendo que el segundo determina la "desaprobación" de dicha creación del riesgo, vale decir, que en esta segunda instancia se "exige un juicio normativo adicional". BURKHARDT nos advierte la dificultad que genera no realizar una estricta partición de estos dos momentos, debido a que el dolo (conocimiento) y la imprudencia (cognocibilidad) indefectiblemente debería referirse "a un riesgo que rebasa el marco de la permisón de riesgo y no (o, en todo caso, no de la misma manera) a la *no permisón* de ese riesgo (esto es, a la desaprobación jurídico-penal)"¹³⁹.

Conforme a lo dicho, resulta evidente que no se debería caer en la "normativización abierta del concepto de peligro y del juicio de peligro"¹⁴⁰ ya que ello traería como consecuencia una verdadera confusión; y quizás sea esta la única razón para aplicar el elemento de "desaprobación" al juicio de peligro, dado que "un concepto así concebido no sólo contribuye al entorpecimiento de la comprensión del contenido del dolo y de la imprudencia, sino también a valorar incorrectamente cual es el papel del juzgador razonable"¹⁴¹.

5.4.2. Disminución del riesgo

Dentro de las indicaciones brindadas por ROXIN respecto a la temática del riesgo, este autor sienta un primer criterio de imputación que dependerá de la "disminución del riesgo", sintetizándose esto en que

134. Recordemos que KELSEN erradica el concepto de "causalidad" del ámbito normativo, ver punto 1.6 del presente trabajo.

135. *Op. cit.*, p. 95.

136. *Ibidem*, p. 111.

137. *Ibidem*.

138. *Ibidem*, p. 112.

139. "Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo", pub. en El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, trad. Nuria Pastor Muñoz, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 168.

140. *Ibidem*

141. *Ibidem*

toda acción tendiente a mitigar los sucesos dañosos está produciendo una reducción de probabilidad de lesión a un bien jurídico, por tanto, no se puede concebir “como dispuesto finalmente respecto al menos-cabo” de un determinado bien jurídico protegido¹⁴².

La justificación que ROXIN da al empleo de un elemento como el “riesgo” responde a supuestos de distinta índole que los reputa como de difícil solución, como lo son aquellos de los que se ocupa la llamada teoría de la adecuación¹⁴³. Para reemplazo del postulado de previsibilidad en los delitos imprudentes, para la problemática de las llamadas “desviaciones de curso causal”, las controversias en torno a la causalidad en la complicidad, así también, en referencia a la delimitación entre actos preparatorios y tentativa en los delitos impropios de omisión.

5.4.3. El riesgo permitido

ROXIN complementa la creación del riesgo jurídicamente relevante con el criterio de imputación del “aumento del riesgo” que no es otra cosa que “una especialización – si bien singularmente agudizada y discutida- de la idea de la posibilidad objetiva de pretender”¹⁴⁴. Por lo general, resulta aplicable en aquellos casos de “utilidad social” donde se corre riesgos hasta un cierto límite.

El catedrático de Munich lo explica argumentando del siguiente modo: “si alguien, despreciando todas las precauciones de seguridad, crea un riesgo que rebasa esencialmente ese límite de tolerancia, no se ve ninguna razón para que se viera libre de las consecuencias de su actuación sólo porque, aun guardando el comportamiento adecuado, hubiera subsistido un cierto riesgo muy reducido...frente a esto hay que afirmar que la imputación del resultado sólo podrá quedar excluida si la conducta del autor no ha traído consigo un aumento del riesgo permitido...”¹⁴⁵.

Al respecto, STRATENWERTH expresa que “teniendo en cuenta, ante todo, una descripción más precisa de los deberes de cuidado cuya violación puede fundamentar la existencia de culpa, en la actualidad, no cabe duda que no toda puesta en peligro de un bien jurídico debe ser prohibida...en lugar de la prohibición de poner en peligro, aparece consecuentemente el mandato de limitar el peligro a la medida mínima que es inevitable, si se quiere permitir la actividad correspondiente. El residuo de peligro que queda se designa con la expresión de riesgo permitido”¹⁴⁶.

Evidentemente la valla de lo tolerado es el “riesgo permitido, por tanto, cabría diferenciar una cuestión de primer orden: todo individuo, conforme a esta posición, está constreñido a asumir toda responsabilidad devenida del riesgo que él mismo ha creado o incrementado, en ese orden de ideas, el riesgo permitido no representa un “cheque en blanco”¹⁴⁷ para el sujeto, vale decir que no lo exime de que en una situación concreta tenga que hacer más que la prestación impuesta por aquellas exigencias de cuidado generales¹⁴⁸.

Pero estas son limitaciones un tanto genéricas, necesarias para el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, pero insuficiente para abarcar todos los casos que se puedan presentar devenidos de un ámbito todavía aun desconocido o a poco de conocer.

En consecuencia, todo lo referente a la existencia o no de un concepto de riesgo permitido como figura autónoma está plagado de serias dudas. Esto último, acarrea innumerables disputas en cuanto a los límites existentes entre el “riesgo permitido” y la “adecuación social”, cuestión por demás crítica que en palabras de HIRSCH aquellos ejemplos de “riesgo permitido” se identificaban con casos de “adecuación social”, entendiendo el autor de mención que “junto a estos casos de ‘riesgos permitidos’ socialmente

142. ROXIN explica que “ni siquiera habrá cometido una acción de homicidio quien intenta inútilmente impedir un asesinato y en definitiva sólo logra retrasarlo, por más que su conducta ha influido en la forma concreta del resultado y, por ello, habría que considerarla causal en el sentido de la teoría de la equivalencia”, *“Problemas básicos...”*, p. 131.

143. “En el fondo dicha teoría –expresa ROXIN- no afirma sino que un resultado no es imputable si la acción del autor no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico. Esa conexión se ve muy claramente cuando, por ejemplo, ENGISCH, como consecuencia de sus penetrantes investigaciones, denomina causa adecuada de un resultado a una forma de conducta que ‘hace esperar el resultado como consecuencia no improbable’, o cuando sigue diciendo que las formas de conducta adecuadas son ‘las acciones y omisiones (relativamente) no peligrosas con relación con el resultado’. Aquí no es preciso que nos interese por los detalles de la base del juicio y del ‘grado de tendencia’ necesario; pero de todos modos debe retenerse en la memoria que en realidad hace tiempo que el criterio en el que se basa el juicio de adecuación ha descartado como regla de imputación a la teoría de la equivalencia aparentemente ‘vigente’ en el Derecho penal”, *op.cit.*, p. 132.

144. ROXIN, *op. cit.*, p. 135.

145. *Ibidem*.

146. *Derecho Penal-Parte General, I. El hecho punible*, trad. Gladis Nancy Romero, Buenos Aires, Fabián Di Plácido, 1999, ps. 120 y 121. El autor de mención agrega que esta concepción aparece por primera vez a fines del siglo XIX, “como consecuencia de la industrialización...imponiéndose rápidamente...Este principio no debe ser mal entendido, como si fuera una reducción general de las exigencias del cuidado tomando en consideración la debilidad humana: solamente la utilidad (real o supuesta) de una actividad que de no ser así sólo podría ser posible con un alto costo material, puede justificar el asumir un cierto riesgo. Sin embargo, la utilidad no tiene porqué ser solamente de naturaleza social, sino que también puede consistir en el interés preponderante del afectado, como ocurre, por ejemplo, en una peligrosa operación par evitar un peligro para la vida o el peligro de una enfermedad”.

147. MAIWALD, *op. cit.*, p. 41.

148. *Ibidem*

adecuado –más correctamente, riesgo no prohibido, ya que se trata de casos de falta de tipicidad y no de una permisión (justificación)-, sin embargo, existen también casos, aunque menos numerosos, de riesgos atípicos socialmente inadecuados. Éstos concurren cuando la actividad arriesgada no se encuentra de acuerdo con el orden normal de la vida en comunidad, pero a pesar de ello la puesta en peligro no supone una infracción típica del cuidado”¹⁴⁹.

Con una postura ecléctica, MAIWALD entiende que la “adecuación social” y el “riesgo permitido” no se contradicen entre sí, ya que los dos conceptos operan en planos intelectuales distintos, pues “mientras que el concepto de adecuación social caracteriza la razón material de por qué es lícita una acción, y, a este respecto, se remite el ordenamiento de la vida social, surgido históricamente, el concepto de riesgo permitido sólo dice que la acción –cualesquiera que sean las razones- pueden ser ejecutadas; el riesgo permitido representa por ello un concepto formal, que recién habrá de obtener su contenido por medio de las razones que conducen a la permisión del riesgo. Esto significa que no puede haber una ‘delimitación’ de ambos conceptos entre sí, porque su función sistemática en el Derecho Penal es distinta...”¹⁵⁰.

5.4.4. ¿Imputación de riesgos o imputación de resultados?

Ahora bien, si difuso y nebuloso suele ser el concepto de “riesgo permitido”, cabe admitir con cierto sector de la doctrina que la determinación del riesgo desaprobado es por demás problemática, y esto, sin considerar las cuestiones generadas por los supuestos de autopuestas en peligro y aquellos otros supuestos de motivaciones que lleven a un resultado lesivo o fatídico como la muerte llegarían a ser una cuestión prematura para aventurarse a trazar aquellas hipótesis que dieran lugar a la aplicación de los criterios de imputación del resultado.

Son los mismos defensores de la moderna teoría de la imputación objetiva quienes comenzaron a plantearse serios interrogantes, como ser: que es lo que se debe imputar en los casos señalados con anterioridad ¿riesgos o resultados?, por tanto, como lo expone FEIJÓO, conviene analizar la situación con referencia a la imputación del riesgo creado ya que no se trataría de una cuestión de imputación del resultado¹⁵¹.

La doctrina¹⁵² somete al análisis la situación cuando alguien se autolesiona o autopone en peligro porque un tercero ha creado o le es imputable una situación de necesidad en la que la única salida racional que queda es dicha autolesión o autopuesta en peligro, entonces, se comienza a evaluar cuando una autolesión o autopuesta en peligro resulta ser racional. De allí que se siga el planteo del siguiente interrogante: ¿se debe imputar al creador de una necesidad la lesión producida a los bienes jurídicos a los que alguien ha renunciado o bien ha aceptado someterlos a un peligro inminente? FEIJÓO infiere que “todo el que crea una situación de necesidad responde de los costes que son necesarios y racionales para solventar dicha situación”¹⁵³.

Pero esto no resulta ser una cuestión tan simple, ya que evidentemente se hace extremadamente dificultoso determinar el resultado en relación a la discriminación de los riesgos aportados por todos los intervinientes en el hecho, pues el resultado se concretiza por la confluencia de numerosas “fracciones de riesgos” que aportan todos los intervinientes,¹⁵⁴ incluyendo a la víctima (especialmente en casos de autopuestas).

149. “Adecuación social y teoría del injusto”, pub. en Derecho Penal - Obras Completas -Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, ps. 29 y 30.

150. *De la capacidad de rendimiento del concepto de ‘riesgo permitido’ para la sistemática del derecho penal*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 17.

151. FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá, J M Bosch – Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 373

152. *Ibidem*, p. 406 y ss.

153. *Ibidem*, p. 407.

154. Uno de los casos a los que se hace referencia es el de aquel joven que tiene a su novia, internada en un establecimiento asistencial. Angustiado y ansioso porque no experimenta mejoría alguna, aprovechando una distracción del personal, la saca del hospital y la traslada a su domicilio. Luego, porque un plomero amigo le comentó que existía un medicamento que “obraba milagros en casos como ése”, se dirigió a una farmacia para comprarlo. Inés, la farmacéutica, le dijo que no podía venderse sin receta, pero -no obstante- se lo entregó. El joven novio se lo suministró a la joven y esto le produjo la muerte. En la praxis médica un resultado fatídico no necesariamente se debe imputar objetivamente (conforme a los principios de división del trabajo y principio jerárquico) al médico interviniente, en el curso de un tratamiento aplicado al paciente la actuación plural no se restringe exclusivamente al actuar del profesional, sino que como en el caso en cuestión existen injerencias de familiares o personas relacionadas al paciente bajo tratamiento por un vínculo sentimental que suelen realizar un aporte determinante. En este orden de cosas, - y siempre siguiendo la tesis planteada por las corrientes funcionalistas- por definición se establece que autor es aquel que con su aporte (determinante) concretice el tipo objetivo. Para llegar a tal conclusión debíamos comprobar si el sujeto que realizó la acción (el joven novio) cuyo resultado (muerte de la joven) sea el producto de tal acción (suministro de medicamento inadecuado para la paciente). Por tanto debemos cotejar si la contribución en el hecho ha excedido el riesgo permitido y si el resultado se ha producido en razón de ese incremento del riesgo, cuestión que indefectiblemente nos conduce a admitir la responsabilidad penal del joven. Respecto al aporte de la farmacéutica, no me cabe dudas que incrementó los riesgos (sobrepasó el riesgo permitido), pero como además se debe verificar la imputación del resultado, se observa que sólo es una fracción de riesgo lo que se le podría imputar, por tanto su accionar resulta ser inimputable para tipificar el homicidio imprudente de la joven porque la “imputación de riesgos” no resulta relevante para establecer la responsabilidad penal; no obstante ello, su conducta quedaría atrapada por la especificidad del artículo 204 quater que sanciona a quien *sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización*.

5.4.5. El ámbito de protección de la norma

A esta altura de nuestra exposición advertimos que de un elemento tan genérico como el “riesgo” poco es lo se puede aportar en cuanto a su alcance y limitación, porque en los supuestos de creación de un riesgo no siempre el sujeto puede ser imputable; por ello, si su comportamiento se hallaba dentro de los parámetros del riesgo permitido esto es excluyente de imputación. En tal sentido, la creación de un riesgo sigue sin tener una verdadera consecuencia dentro de la dogmática jurídico-penal, cuestión que obliga al uso de correctivos, tal el “incremento del riesgo” lo cual también resultara insuficiente, entonces, el estado de la teoría de la imputación objetiva corría peligro por su falta de estabilidad dogmática, problema que llevó a ROXIN a plantear otro criterio más, el criterio del “objetivo de protección de la norma”¹⁵⁵.

La falta de conformismo de FRISCH lo impulsa a adoptar una posición crítica frente a la llamada doctrina del ámbito de protección de la norma, que para este autor dicha expresión alude al “ámbito de aquellos cursos de acontecimientos conducentes a menoscabos de bienes jurídicos de los que protegen las *normas de conducta* de los tipos concretos, puesto que esta protección se lleva a cabo siempre mediante la prohibición de determinadas conductas que crean un riesgo ya no tolerado de que se desencadenen tales sucesos, y cuya desaprobación naturalmente no tiene otro sentido (en un Derecho penal protector de bienes jurídicos) que el de evitar aquellos sucesos en relación con los que existe un riesgo ya no tolerado. También en el marco del debate sobre el llamado fin de protección no se trata, pues, sino de captar con más precisión las dimensiones de riesgo bajo las cuales está desaprobada determinada conducta. Que en la solución de este problema poco aporta materialmente...”¹⁵⁶

El criterio del fin de protección de la norma se propuso como criterio general de imputación en el ámbito del delito imprudente, éste operaría en sustitución de la idea de previsibilidad objetiva; su empleo pretende “evitar las dificultades que presenta el juicio de previsibilidad y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuridicidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo”¹⁵⁷.

Pero lo cierto es que desde sus inicios, la doctrina del fin de protección de la norma fue utilizada como criterio que posibilite un aporte en las relaciones de causalidad, brindando mayor precisión desde una perspectiva teleológica en lugar del anterior método exegético. No sólo en el ámbito de la causalidad operaría, sino, que también se le suele atribuir una cierta función que ofrece congruencia a los tipos objetivos y subjetivos, “con lo cual debería ser entendida como un elemento autónomo de la tipicidad que estaría sistemáticamente ubicado entre los tipos objetivos y subjetivos”¹⁵⁸.

El criterio del “objetivo de protección de la norma”¹⁵⁹ ofrecido por ROXIN, por su falta de precisión y claridad, más que soluciones vino a traer mayor confusión, creando un serio interrogante en cuanto a su utilidad como “criterio de imputación”, puesto que con ella no se llega muy lejos si es que alguna vez se la pudo considerar como “instrumento del saber jurídico”¹⁶⁰.

Por otra parte, FRISCH reniega del instituto al establecer que “estrechamente conectada con su inidoneidad como instrumento de la ciencia jurídica, se encuentra la peligrosidad de la ‘doctrina del fin de protección’. No sólo está basada en que, para llegar al conocimiento del Derecho preguntando por el fin de protección, se discurre en cierto sentido por vías problemáticas, singularmente desde el fin se argumenta con normas no determinantes, o por falta de función rectora de las normas determinantes simplemente (según se confiesa) se señala como voluntad de protección de la ley lo que se ajusta al sentimiento jurídico propio”¹⁶¹.

Coincidimos con REYES ALVARADO al establecer que “se trata de un concepto sin contenido, cuya extrema vaguedad le transforma en inservible dentro de una teoría de la imputación objetiva... Una teoría que como la del fin de protección de la norma puede ser arbitrariamente predicada tanto respecto de la causalidad como respecto de la imputación objetiva, y dentro de ella en forma indiferente en relación con la creación y realización de riesgos, no puede ser considerada como un sólido punto de apoyo para el desarrollo de la imputación objetiva; un concepto que puede ser aplicado a tan disímiles situaciones como las expuestas, revela con ello su absoluta imprecisión y, por ende, su inutilidad como criterio rector”¹⁶².

Con lo expuesto hasta aquí, queda demostrado que cuanto más se ahonda en los alcances de la imputación objetiva dentro de la sistemática jurídico-penal la temática se torna más borrosa, agregando los “correctivos” incorporados serias dudas por sus imprecisiones, las que conducen a profundos conflictos en las categorías del sistema.

155. CASTALDO, Andrea Raffaele, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, trad. Antonio Bonanno, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2004, ps. 193 y ss.

156. *Op.cit.*, ps. 80 y 81.

157. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, p. 79.

158. REYES ALVARADO, *op.cit.*, ps. 217 y 218.

159. CASTALDO, *op.cit.*, ps. 193 y ss.

160. FRISCH, *op.cit.*, p. 95.

161. *Op. cit.*, p. 97.

162. *Op.cit.*, p.225.

Aclara esta situación lo vertido por FRISCH al sostener que "la teoría de la imputación objetiva, en especial de la imputación del resultado, va convirtiéndose, al incorporar cada vez nuevas 'relaciones', en una 'supercategoría'. El entusiasmo por el descubrimiento de esta nueva categoría amenaza con dar lugar al peligro de que se vayan formulando y definiendo como 'cuestiones de relaciones' o problemas de imputación cada vez más problemas que en realidad no lo son de la relación específica o de la imputación (de una imputación que no se limite a etiquetar otras categorías). Tal desbordamiento de la teoría de la imputación erraría no tanto por situar determinados grupos de problemas bajo rúbricas incorrectas, sino ante todo porque una teoría de la imputación desproporcionadamente inflada oculta e impide la (necesidad de la) formación de aquellas categorías cuyo 'material' ha incorporado. Además, se corre el riesgo, como siempre ocurre con las rúbricas incorrectas, de incurrir en decisiones equivocadas y en soluciones aparentes"¹⁶³.

5.5. La imputación objetiva en los delitos dolosos e imprudentes

La doctrina no resulta ser del todo pacífica a la hora de establecer el ámbito de aplicación de la imputación objetiva en materia penal. Si bien en sus comienzos el empleo de la fórmula hacía precisa referencia a concretas modalidades delictivas, en la actualidad algunas posturas pregonan un mayor campo de acción.

En consecuencia, REYES ALVARADO explica que "la generalizada tendencia de referir la imputación objetiva solo a los delitos de resultado es la lógica consecuencia de la estrecha interpretación 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 solo un resultado sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva 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"¹⁶⁴.

La temática suele tornarse muy debatible ya que la aceptación del empleo de la imputación objetiva tanto en el delito imprudente como en el delito doloso sugiere que se utilice distintos mecanismos, conforme la clase de ilícito que se trate; cuestión que por otra parte es criticada por aquellos autores que defienden el llamado sistema unitario, dado que para estos, se estaría produciendo una bifurcación en la teoría del delito a través de la imputación objetiva.

5.5.1. Sobre la inadecuación de los criterios de imputación en el ámbito de los delitos imprudentes

En el presente ya nadie duda en la observancia del desvalor de la acción y el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes; en el delito imprudente se percibe una acción descuidada que se refiere al bien jurídico afectado¹⁶⁵. El desvalor del resultado se resume en la afectación al bien jurídico ya sea por una lesión concreta o bien, por una amenaza, siendo la infracción al deber de cuidado el desvalor de la acción.

En el delito imprudente, conforme a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, el sujeto crea un peligro o bien, incrementa el ya existente concretizando un resultado lesivo. Esta definición simplista quizás, se completa con la concepción de un criterio dual respecto a que en primer lugar, dicho comportamiento imprudente debe estar dirigido a la lesión objetiva de un mandato de cuidado y, en segundo término, que la exigencia del debido cuidado responda conforme a la capacidad individual y a un cumplimiento efectivo por parte del autor del hecho imprudente.

El deber objetivo de cuidado se pone de manifiesto en la existencia de situaciones típicas, las cuales se hayan regladas con preceptos prohibitivos cuya sola contravención resulta suficiente para constatar la contradicción del comportamiento imprudente y la infracción a la norma de cuidado. Estos supuestos no ofrecen ningún tipo de obstáculos dado que todo se resolvería supuestamente dentro del ámbito de protección de la norma¹⁶⁶.

Pero no todos los casos que tienen como consecuencia un resultado típico deviene de la trasgresión a una norma subyacente que explícitamente prohíbe un determinado modo de obrar con

163. *Op. cit.*, p. 37.

164. *Op. cit.*, ps. 81 y 82.

165. En este sentido, MAURACH reconoce que quien infringe el deber de cuidado y con ello, provoca el perjuicio de un bien jurídico, hubiera podido evitar dicho resultado actuando adecuadamente, concluyendo que dicho perjuicio al bien jurídico era "objetivamente evitable", *op. cit.*, p. 139.

166. GIL GIL, Alicia, "Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva", pub. en Rev. De Derecho Penal 2002-1, Delitos culposos – I, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2002, p. 50.

cuidado, existen algunos supuestos donde se debe recurrir a la obtención de elementos idóneos que se encuentran en las reglas técnicas que rigen ciertas actividades, la *lex artis*, principios jurisprudenciales, etc., que nos sirven para determinar el cuidado objetivamente debido en el desempeño de una determinada profesión o actividad no reglada explícitamente por las normas.

En este sentido, acude el principio de confianza como límite del deber de cuidado.

El principio de confianza surge en la jurisprudencia germana¹⁶⁷ en estrecha relación con los comportamientos imprudentes devenidos del tránsito automotor¹⁶⁸, básicamente WELZEL sintetizaba el concepto expresando “el que participa en el tráfico puede confiar en que los demás se comportan también correctamente, mientras no le conste lo contrario por circunstancias especiales del caso”¹⁶⁹.

En la actualidad su aplicación se extiende a todos aquellos supuestos en que la participación de varios individuos incide en una actividad riesgosa, lo que permite que se espere de todos los intervinientes un obrar conforme al debido cuidado.

La temática en estudio reconoce determinados supuestos que harían inoperable la invocación del principio de confianza¹⁷⁰, y ello resulta así porque las condiciones de operabilidad dependen del comportamiento de todos los intervinientes en el hecho punible. Resulta una cuestión compleja diferenciar el riesgo permitido del principio de confianza debido a su estrecho vínculo, pero más allá de lo ibricado del asunto, conviene realizar el deslinde de estos conceptos dado su trascendencia en el ámbito de la autoría y participación.

Para algunos autores, el riesgo permitido no se distingue del principio de confianza¹⁷¹, ya que parten de la idea de que los factores ajenos al hombre (elementos de la naturaleza), como así también, las acciones provenientes de terceros o de la propia víctima se funden en el concepto de riesgo permitido.

Conforme a lo dicho, si nos atenemos a englobar todo supuesto donde se considera un comportamiento irrelevante para el derecho penal dentro de un concepto amplio de riesgo permitido, resulta obvio que en los casos donde rige el principio de confianza estos representarían supuestos especiales de la atipicidad contenidos dentro de esa amplitud conceptual. Pero resulta antifuncional para la sistemática jurídico-penal plantear generalidades al respecto, dado que los fundamentos a los que responden los

167. RG 70, 71; DR 41, 2056; RG 71, 80; 73, 55; 73, 206; BGH 7, 118; 8, 201; 9, 93; 13, 83; 12, 169, cit. en WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción de la doctrina de la acción finalista*, trad. José Cerezo Mir, Montevideo- Buenos Aires, 2001, p. 115.

168. *Ibidem*

169. *Op. cit.*, p. 115.

170. De allí que siga que el principio de confianza cede ante determinados casos concretos, estableciendo las siguientes excepciones: a. *El que lo invoca tiene que cumplir con su deber de cuidado.* El principio de confianza fue acuñado para deslindar las distintas responsabilidades respecto de aquel que obró con el debido cuidado, por tanto, configuraría una verdadera contradicción que el derecho autorice a valerse de una autorización para invocar la regla de confianza en el cuidado de los demás individuos intervinientes en el hecho por quien obró descuidadamente. b. *Cede ante el principio de defensa* (Este principio de defensa, infiere CORCOY BIDASOLO, se cumple a través del principio de seguridad, que en el tráfico se conoce como principio de conducción dirigida, *op.cit.* p. 319). En determinados casos el principio de confianza resulta ser relativo y sumamente flexible hasta el punto de subordinarse al caso concreto, como sería por ejemplo, cuando exista niños, ancianos o minusválidos involucrados. En este supuesto, la previsión del comportamiento defectuoso del otro es de suma importancia, debido a que el alcance de la protección social a aquellos más vulnerables obtiene prioridad, aquí ya no se ha de esperar que el otro se comporte conforme a las reglas de cuidado porque sería imposible por lo que ante una confrontación de ambos principios, el de confianza y el de defensa, el primero estará supeditado al segundo (No obstante esta excepción a la regla, CORCOY BIDASOLO expresa que en Alemania no siempre el principio de defensa alcanza una amplitud inexpugnable, muchas veces se restringe, en el sentido de exigir que fuese cognoscible “la edad avanzada o la decrepitud de la persona” en los supuestos de ancianos por ejemplo; aunque ha de admitirse que estos casos son infrecuentes, *op.cit.* p. 320). c. *Datos externos verificables de que el otro no cumplirá.* En este ítem se encuentra comprendido no solamente la responsabilidad en el cuidado debido, sino también, la observación de los comportamientos de los otros en determinados casos donde existen elementos suficientes para constatar que el otro sujeto interviniente no cumplirá con el deber de cuidado (Si el jefe de cirujanos observa en el quirófano que el anestesista se apresta a suministrarle a un niño una dosis de anestesia correspondiente a un adulto, es más que probable que el menor pueda hacer un paro cardíaco, por tanto, el profesional no se puede encerrar en que la actividad del anestesista escapa a su tarea de cirugía (división del trabajo horizontal), este supuesto echaría por tierra la teoría de los roles de JAKOBS. En el caso dado por GIL GIL, de quien tiene prioridad de paso en el cruce y advierte que en la cercanía circula a elevada velocidad otro vehículo que no tiene preferencia en el paso, lo que indicaría que no cederá el paso, en este supuesto no se puede invocar el principio de confianza porque “ante estas circunstancias la norma aplicable es la que obliga a detener el vehículo ante la inminente presencia de un obstáculo”, *op. cit.*, ps. 51 y 52). d. *Deber de vigilancia.* En muchas actividades riesgosas donde la división del trabajo tiene lugar no sería viable argumentar la confianza en el debido cuidado por parte de los que intervinieron en el hecho, ya que por la naturaleza de las funciones la división de tareas no equivale a un desentendimiento del control y vigilancia que se debe ejercer sobre la actividad en su conjunto. Por ejemplo, en el caso del supervisor de obras no se puede deslindar la responsabilidad de aquel aduciendo la confianza en el cuidado del otro porque la función del supervisor reside en el control, vigilancia y cuidado de las tareas ejecutadas por los obreros y capataces. Precisamente ese deber de vigilancia sobre las tareas realizadas por los demás integrantes del equipo es la que convierte en eficiente la división de las labores. e. *Probabilidad.* La regla general del principio de confianza tampoco se aplica cuando determinadas circunstancias fácticas como la alcoholización o la ingesta de estupefaciente, determinados impedimentos físicos, etc., establecen un índice de probabilidad sobre la trasgresión del deber de cuidado por parte del otro.

171. Es el caso de CORCOY BIDASOLO para quien el principio de confianza resulta ser una modalidad de riesgo permitido, *op.cit.*, p. 316.

distintos supuestos parten de consideraciones normativas y valorativas diferentes¹⁷².

Respecto al sujeto, ello no lo exime de que en una situación concreta tenga que hacer más que la prestación impuesta por aquellas exigencias de cuidado generales¹⁷³; en este sentido, adquiere relevancia el “deber de evitación” si el sujeto puede impedir el resultado. De allí que se siga, como afirma HIRSCH, “en el derecho penal de hecho no se trata tan sólo de la acción imprudente, sino precisamente del resultado producido como consecuencia de la misma, cuya evitación constituye justamente la finalidad del ordenamiento jurídico”¹⁷⁴.

Por consiguiente, podemos realizar una distinción entre el riesgo devenido de una actividad que por su naturaleza (automotores, máquinas industriales, etc.) resulta peligrosa, (peligro que lo trae consigo aquello que se suele conocer como modernidad y que el orden social lo permite¹⁷⁵, lo autoriza en pos del progreso¹⁷⁶), y las acciones de terceros y de la propia víctima dentro del marco que nos brinda el principio de autoresponsabilidad¹⁷⁷.

En cuanto a la responsabilidad de la víctima, criterio que en el presente conforma uno de los postulados más férreos en los que se apoya la temática de la imputación objetiva, existen todavía cuantiosas cuestiones críticas y de difícil solución en cuanto a la delimitación de su ámbito de acción, cuyos fundamentos también reposan en los principios de autoresponsabilidad y autodeterminación, pero que al momento

172. FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá, J M Bosch – Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 344

173. *Ibidem*

174. “Los conceptos de desvalor de la acción y desvalor del resultado o sobre el estado de cosas”, trad. Eduardo Demetrio Crespo, pub. en Derecho Penal – Obras Completas T. III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 252

175. Si bien en la doctrina moderna la mayoría de los autores convienen en que el riesgo permitido cumple la misión de excluir la punibilidad, lo cierto es que aún no se llega a determinar una pacífica idea ubicua en lo que se refiere a su naturaleza y función en la sistemática jurídico penal actual. Para algunos funciona como una máxima restrictiva del tipo (por ejemplo HIRSCH, que lo considera como casos de “riesgos no prohibidos” donde falta la tipicidad, en *Adecuación social y teoría del injusto*, trad. Manuel Cancio Meliá, pub. en Derecho Penal – Obras Completas T. III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 30), para otros como MAURACH, funciona como especial causa de justificación haciéndolo parte de la teoría del consentimiento (*Op. cit.*, T. I, p. 496 y ss.), y por último, también se lo suele entender como causa de exclusión de la culpabilidad. La cuestión resulta de si al concepto de riesgo permitido se le puede reconocer una cierta autonomía o no, y es aquí donde se dividen las aguas. Aquellos que no le reconocen la mentada autonomía a la figura del riesgo permitido parten de la idea de que éste resulta ser un concepto formal que no se lo podría aplicar como límite en la sistemática de la adecuación social, dado que ambos concepto se encuentran en planos diferentes, porque como bien lo explica MAIWALD “mientras que el concepto de adecuación social caracteriza la razón material de por qué es lícita una acción, y, a este respecto, se remite al ordenamiento de la vida social, surgido históricamente, el concepto de riesgo permitido sólo dice que acción –cualquiera que sean las razones- puede ser ejecutada” (*Op. cit.*, p. 17), de allí que se siga junto a HIRSCH, que los riesgos devenidos de la revolución industrial y la moderna tecnificación siempre estuvieron abarcados en el concepto de adecuación social (*Ibidem*, p.29); en el presente, existe la tendencia de otorgarle al concepto de riesgo permitido una aplicación restrictiva para supuestos muy puntuales como lo son los casos de acciones riesgosas de salvamento, conforme la posición de JESCHECK (*Lehrbuch*, AT, 3ª. ed., 1978, p. 324, cit. por MAIWALD, *op.cit.*, p. 19)

176. En rigor de verdad, los tiempos modernos devenidos de la revolución industrial no originaron un determinado riesgo que cuenta con la anuencia social de permisión, coincidimos con JAKOBS en cuanto a que el riesgo permitido siempre estuvo presente en “todos los ámbitos vitales”, reconociéndose que éste no es “hijo de la técnica” (*La imputación objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá, México, Ángel, 2002, p. 24); pero resulta de importancia destacar que la tecnología aceleró un proceso funcional donde los riesgos se multiplicaron expandiéndose en todos los órdenes haciendo que la vida cotidiana de un individuo en sociedad sea realmente precaria. En ese orden de cosas, se observa que en el período reconocido como la “revolución industrial” el riesgo devenido de la tecnología se limitaba a ámbitos estrictamente laborales, salvo algunas excepciones como en el caso de los automotores, pero aún en este caso, el incremento del peligro por el tráfico vial comienza después de la segunda mitad del siglo XX. En el despuntar del nuevo milenio la expansión de los riesgos tecnológicos alcanza a la sociedad de modo global hasta el punto que en el ámbito de la sociología se acuña la idea de una “sociedad del riesgo”, reconociéndose la paternidad de esta concepción al sociólogo alemán Ulrich Beck, quien consternado por el trágico desastre de Chernobil en su introducción a su trabajo bibliográfico advierte: “Se puede dejar fuera la miseria, pero no los peligros de la era atómica. Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad...” (*La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998, p. 11). Esta concepción fatalista del futuro de la sociedad (global) tiene una amplia difusión en materia de delitos contra el medioambiente, ámbito donde se comenzó a hablar de un derecho penal del riesgo, donde se desnaturaliza la verdadera esencia del derecho represivo en pos de obtener un paliativo en la “lucha” contra una criminalidad, hasta el momento, no muy conocida (la denominada criminalidad “verde” o ecológica), cuestión que tantas divergencias trae aparejada al ámbito de la dogmática penal donde encontramos razones valederas en las palabras de HERZOG, cuando determina que “Naturalmente, resulta además mucho más barato, y provoca menos conflictos, endurecer el Derecho Penal del medio ambiente, en lugar de obligar mediante una política de impuestos y de infraestructura a las grandes industrias a un cambio ecológico. Las conocidas palabras de Gustav Radbruch, según las cuales no hay que quedarse en la búsqueda de un Derecho Penal mejor, sino buscar algo mejor que el Derecho Penal, apenas encuentran acogida en la Política criminal dominante” (*Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo*”, trad. Enrique Anarte Borrallo, pub. en Rev. Penal Nro. 4, año 1999, Barcelona, Praxis, p. 55).

177. Recordemos que en WELZEL la distinción entre riesgo permitido y principio de confianza no dejaba lugar a dudas, mientras que el primero se basa en la *previsibilidad*, el segundo encuentra su fundamento en el *principio de responsabilidad* (*op. cit.*, p. 114 y 115). Actualmente, el principio de autoresponsabilidad encuentra sus bases en principios generales del derecho donde la autonomía y poder de determinación del individuo como titular del bien jurídico encuentra su reconocimiento en el derecho constitucional y supranacional. Es en ese sentido que encuentra su aplicación y no como se lo suele utilizar en el funcionalismo sistémico, vale decir, partiendo del principio de autoresponsabilidad como premisa para confluir en la temática de la “competencia por organización” de actividades.

de determinar la imputación del resultado en un caso dado comienzan a generar dudas los criterios de aplicación (evitabilidad, consentimiento, victimodogmática, autopuesta en peligro, etc.)

En la concepción de WELZEL el sujeto que hubo infringido el deber de cuidado queda absorbido en un juicio de adecuación que se circunscribe al concepto del cuidado objetivo¹⁷⁸, determinándose que el resultado de la acción resulta típico cuando el mismo resulta objetivamente previsible, de allí que se siga que en la teoría de la adecuación social la previsibilidad objetiva sumada a la valoración objetiva (el hombre prudente y sensato) son determinante de la acción imprudente.

Por consiguiente, podemos admitir que el principio de confianza en la teoría finalista opera como un límite normativo de la previsibilidad objetiva.

Con el advenimiento de las corrientes funcionalistas se acentuó aún más la problemática de la “previsibilidad” como factor determinante de la violación o no de un deber de cuidado en el comportamiento imprudente, desarrollándose posturas críticas donde la infracción del deber de cuidado se sintetiza en los criterios generales de imputación¹⁷⁹, haciendo de los principios de previsibilidad y evitabilidad elementos prescindibles y carentes de aplicación debido a que estos se extienden más allá de la teoría de la imputación objetiva¹⁸⁰.

Bajo estos parámetros de la teoría funcionalista, la aplicación del principio de confianza se presenta como otro criterio de imputación.

En la actualidad, va tomando fuerza (sobre todo en los países latinoamericanos) una posición dogmática crítica cuyo punto de apoyo lo encuentra en corrientes funcionalistas sistémicas¹⁸¹ planteando la problemática en estudio como una cuestión de imputación pero partiendo de una concepción del individuo en sociedad y el rol que éste viene a desempeñar en dicha sociedad. En este tipo de interpretación, el principio de confianza se fundamenta y legitima desde la óptica de la responsabilidad que el sujeto realiza en la asunción de sus roles en sociedad¹⁸².

Pero esta interpretación inspirada en un principio socio-funcional¹⁸³, parte de la idea de una sociedad “ideal” donde todos los individuos de un modo “automatizado” se hayan limitados al cumplimiento del rol que desempeñan¹⁸⁴. Por lo que toda acción desaprobada ajena al rol que el sujeto desempeña es atípica, cuestión que genera cierta incertidumbre en determinados casos en concreto¹⁸⁵.

Ante los criterios rectores marcados por la teoría finalista sobre la “previsibilidad” y el criterio de los “roles” sustentado por la sistémica-funcionalista moderna conviene hacer algunas disquisiciones; en efecto, si partimos de la idea que existe una norma subyacente al ilícito imprudente que “no obliga a actuar con cuidado, sino que prohíbe actuar descuidadamente”¹⁸⁶, por tanto, todo conocimiento del sujeto actuante

178. WELZEL, *op. cit.*, p. 114

179. ROXIN fundado en un criterio lógico normativo infiere el error de interpretación dado a la infracción del deber de cuidado como omisión del deber de cuidado, ya que al autor del comportamiento imprudente lo que se le reprocha es el haber creado un peligro que desborda la valla del riesgo permitido constituyendo un resultado típico y no una omisión (*Derecho Penal. Parte General, T.I.*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 1000).

180. *Ibidem*, p. 1001

181. En el caso de JAKOBS, se observa esta concepción sistémica-funcional llevada a su máximo extremo, radicalizando la dogmática jurídico-penal al partir de las bases sociológicas predicadas por Niklas Luhmann, sociólogo alemán cuya construcción teórica es elaborada sobre las pautas trazadas en la teoría de la “acción social” por Talcott Parsons. Atento a que brindar la debida explicación de la temática de referencia excedería el marco del presente trabajo, para un mayor abundamiento ver *Teoría de los sistemas* de Niklas Luhmann (Universidad Interamericana, México, 1998), para el trabajo de Parsons consultar *Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial* de Jeffrey C. Alexander (Barcelona, Gedisa, 2000), y para entender la problemática sociológica de los “roles” ver *La sociología y la teoría moderna de los sistemas* de Walter Buckley (Buenos Aires, Amorrortu, 1993).

182. Lo que se traduce como un criterio para valorar los comportamientos que se desarrollan dentro de una comunidad organizada donde la distribución de roles se convierte en la piedra fundamental para el normal y eficiente funcionamiento de la sociedad. De lo dicho se desprende que el cumplimiento de un determinado rol es el pivote de graduación de la responsabilidad en el hecho, ya que el rol de cuidado encomendado debe ser satisfecho plenamente pues existen expectativas dirigidas a personas, vale decir, a los portadores de un rol, cuyo quebrantamiento se traduce en la ejecución de un acto objetivamente defectuoso (JAKOBS, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, p. 54 y 55)

183. *Ibidem*, p. 54

184. Este criterio cerrado es lo que lleva a admitir a KINDHÄUSER que “las exigencias del deber de cuidado, que fundamentan la responsabilidad, no nacen de cualquier norma de deber de cuidado, sino que resultan de las expectativas que, de acuerdo con la especificidad del rol, hayan sido colocadas en el individuo como fiel garante de la validez de la norma” (*Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia– Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, p. 125)

185. Por ejemplo, en el caso del obrero que recibe la orden de abrir la esclusa permitiendo liberar aguas contaminadas creando un peligro masivo de contaminación a la población.

186. GIL GIL, *op. cit.*, ps. 41 y 42

resulta ser irrelevante para determinar la infracción o no del cuidado debido¹⁸⁷. Esto es así porque en el delito imprudente la infracción de la norma de determinación se constata de una forma objetiva¹⁸⁸.

En este sentido ABRALDES señala que será típico y según el caso antijurídico el comportamiento infractor del cuidado debido objetivamente con independencia de las facultades individuales del agente. Esto no implica la prescindencia del conocimiento que ostente el sujeto en el caso concreto sino que este dato integrará el juicio de previsibilidad objetiva, de lo que se desprende, siguiendo al autor de cita que “el cuidado debido exige, como punto de partida, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Es decir, será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido cuando la producción del resultado apareciera *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción”¹⁸⁹.

Al analizar el delito imprudente se evidencia que no se necesita avanzar demasiado creando criterios de imputación donde no hacen falta. En principio, existen normas que explícitamente establecen el deber de cuidado, su trasgresión resulta ser suficiente para la realización de la acción típica como primer postulado del injusto, pero para aquellas situaciones donde se encuentren ausentes las normas, o se trate de ámbitos de actuación que carezcan por completo de una regulación explícita, el cuidado debido deberá determinarse conforme al criterio de previsibilidad objetiva completado por la valoración normativa, incluyéndose el principio de confianza¹⁹⁰.

5.5.2. Sobre la inadecuación de los criterios de imputación en el ámbito de los delitos dolosos

La postura doctrinal que defiende la aplicación de la imputación objetiva sólo en el delito imprudente, descartando de plano que aquella tenga lugar en los delitos dolosos parte del tradicional debate que se generó en torno a la interpretación de los delitos imprudentes por parte del finalismo, como bien se dijo en el punto 4., la “debilidad” en el sistema de la acción final atomizó la crítica al campo del delito imprudente, por tal razón la mayoría de los casos que se utilizan de ejemplo hacen referencia a dicho campo de ilícitos.

Armin KAUFFMAN se refiere a la imputación objetiva señalando que ésta “lleva en su frente el sello del delito imprudente”¹⁹¹, infiriendo con esta sentencia su inaplicabilidad en el campo de los delitos dolosos. Los defensores de la moderna teoría de la imputación objetiva aducen que su aplicación corresponde tanto a los delitos imprudentes como a los dolosos, remontándose al significado del término “querer” usado por HEGEL como hilo conductor de la imputación objetiva, estableciéndose que HEGEL “desarrolló el concepto de imputación sobre la base de las manifestaciones de voluntad del ser humano”¹⁹², por tanto, la concepción del término “querer” empleado por HEGEL ha de interpretarse como el “dolo” que hoy conocemos. Se cita a modo de refrendar esta postura a LARENZ cuando alude que la imputación en la teoría de la acción de HEGEL solo hace referencia a los delitos dolosos más no a los culposos, precisamente por el sentido ordinario de intencionalidad que allí se le imprimió¹⁹³.

No obstante las argumentaciones que aportan los defensores de la moderna teoría de la imputación objetiva respecto a su ámbito de cobertura, lo cierto es que el empleo de la misma en el campo de los delitos dolosos resultó por demás sobreabundante, toda vez que en estos es demasiado evidente establecer un nexo, que por otro lado, el nexo causal y el sentido de la acción en la sistemática del finalismo no demostraba falencia alguna en cuanto a su función, resultando de ese modo superflua¹⁹⁴ la aplicación de una imputación objetiva en el ámbito de los delitos dolosos.

187. CERESO MIR apunta que en los casos que intervengan sujetos con capacidades especiales sólo podrá castigarse por omisión dolosa si el sujeto era consciente de la situación y de la capacidad de evitar el resultado mediante el uso de dichas facultades excepcionales (*Curso de Derecho Penal T.II*, Madrid, Técnos, 1998, ps. 162 y 163), ello resulta así, conforme a que el mismo se hallaría en una situación de garante respecto al bien jurídico afectado.

188. GIL GIL, *op. cit.*, p. 42

189. “*Lineamientos dogmáticos sobre la tipicidad imprudente en España*”, pub. en Rev. de Derecho Penal 2002-2, Delitos culposos – II, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2003, ps 170 y 173.

190. El criterio de la previsibilidad se vincula al deber objetivo de cuidado, paradigma que rige en la sistemática de la teoría de la acción finalista, donde la imputación del resultado al autor depende de un juicio de valor sobre la previsibilidad realizado por el magistrado interviniente. Postura que pone especial énfasis en el deber de cuidado del autor y su comportamiento sensato y prudente (valor normativo). En la concepción de Welzel el sujeto que hubo infringido el deber de cuidado queda absorbido en un juicio de adecuación que se circunscribe al concepto del cuidado objetivo (*El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción de la doctrina de la acción finalista*, trad. José Cerezo Mir, Montevideo- Buenos Aires, 2001., p. 114), determinándose que el resultado de la acción resulta típico cuando el mismo resulta objetivamente previsible, de allí que se siga que en la teoría de la adecuación social la previsibilidad objetiva sumada a la valoración objetiva (el hombre prudente y sensato) son determinante de la acción imprudente

191. Cit. por REYES ALVARADO, p. 82.

192. REYES ALVARADO, *op.cit.*, p. 82.

193. *Ibidem*, ps. 82 y 83.

194. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 90.

6. Del método al sistema

Lo dicho hasta aquí responde a la naturaleza y aplicabilidad de la imputación objetiva en la dogmática jurídico-penal. Ahora bien, en cuanto al método seguido por ROXIN referido a la mesuración de la aplicación de los criterios de imputación, esto no representa un problema menor, por cuanto los distintos dispositivos que conforman lo que se conoce como “criterios de imputación” responden a un método específico, cual es la tópica.

Pero ¿Qué es la tópica?, y ¿por qué ROXIN recurre a este tipo de método para demostrar la necesidad y utilidad de una imputación objetiva?, ¿Qué tipo de sistema jurídico-penal se alcanza con el empleo de éste tipo de método? En los siguientes puntos intentaremos responder a estas preguntas de fundamental importancia para esclarecer nuestra temática en estudio.

6.1. Algunas notas sobre la tópica.

La tópica es parte de la retórica, vale decir, una forma o modo de argumentar. En palabras de VIEHWEG podemos decir que “está orientado a los problemas; es decir, es un todo organizado de acuerdo con los problemas, tanto en el campo de la investigación como en el de la dogmática, ofrece una combinación de puntos de vista (*topoi*) que son discutidos. La agrupación de *topoi* que corresponden a problemas puede ser entendida como un sistema básico en el campo del derecho, en el sentido de que los otros sistemas pueden ser desarrollados a partir de él. El sistema tópico está en permanente movimiento. Sus formulaciones respectivas indican meramente los estadios progresivos de la argumentación al tratar problemas particulares. El sistema puede razonablemente ser llamado un sistema abierto ya que su discusión, es decir, su enfoque de un problema particular, está abierta a nuevos puntos de vistas. Con respecto a su contenido, renuncia a la noción de un argumento final o definitivo pero recomienda un método de argumentación que no procede deductivamente sino dialógicamente”¹⁹⁵.

Es precisamente en este proceder “dialógico”¹⁹⁶ que VIEHWEG encuentra su enlace desde la investigación hacia el campo dogmático, toda vez, que mediante los *topoi* se establecen esquemas de preguntas y respuestas que no necesariamente deben guardar un determinado equilibrio entre sí, ya que se podrá dar más importancia al “costado” de las preguntas o bien, al “costado” de las respuestas. Para el primer supuesto los *topoi* delimitan el ámbito respectivo de la investigación, son susceptibles de ser cuestionados. Para el segundo de los supuestos, algunos *topoi* del “costado” de la respuesta se sustraen de ser atacados y no son puestos en tela de juicio siendo que el resto de las respuestas se ajustan a estos *topoi* que son irrefutable.

Este antagonismo que se presenta entre el campo de la dogmática y lo que VIEHWEG denomina “cetética”¹⁹⁷ establece una clara separación de ambos campos, cuya incidencia de uno u otro marcará la tendencia del sistema. Correspondiéndole a un sistema dogmático, por el hecho de considerárselo un sistema cerrado, la suficiente estabilidad y flexibilidad; siendo que la hermenéutica cetética es más libre que la dogmática, “porque la investigación puede cambiar fácilmente sus conceptos hipotéticos y tentativos, mientras que la dogmática queda ligada a sus concepto fijados y, justamente por ello, debe procurar mantenerlos flexibles a través de la interpretación”¹⁹⁸

195. *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 127.

196. HABERMAS a través de su modelo sostenido desde la ética del discurso, nos describe este procedimiento dialógico, diciendo que: “La transición de una reflexión monológica al diálogo pone de manifiesto un rasgo del procedimiento de universalización que permaneció implícito hasta el surgimiento de una nueva forma de conciencia histórica, a caballo entre el siglo XVIII y el XIX. Tan pronto como percibimos la historia y la cultura como fuentes de una abrumadora variedad de formas simbólicas, y de la singularidad de identidades individuales y colectivas, también nos damos cuenta del reto que supone, en consecuencia, el pluralismo epistemológico. Hasta cierto punto, el hecho del pluralismo cultural significa también que el mundo es percibido e interpretado globalmente de formas distintas desde la perspectiva de individuos distintos y grupos distintos (al menos al principio). Existe una especie de pluralismo interpretativo que afecta la visión del mundo y a la comprensión de uno mismo, al tipo y a la relevancia de los valores y los intereses que perciben las personas, cuya historia vital se halla integrada en tradiciones y formas de vidas particulares, y es configuradas por ellas. Esta multiplicidad de perspectivas interpretativas es la razón por la cual el significado del principio de universalización no queda suficientemente agotado por ninguna reflexión monológica a partir de la cual las máximas serían aceptables, *desde mi punto de vista*, como ley general. Sólo como participantes en un diálogo inclusivo y orientado hacia el consenso se requiere de nosotros que ejerzamos la virtud cognitiva de la empatía hacia las diferencias con los otros en la percepción de una situación común. Se supone que debemos interesarnos por cómo procedería cada uno de los demás participantes, *desde su propia perspectiva*, para la universalización de todos los intereses implicados. El discurso práctico puede interpretarse así como un modelo para la aplicación recurrente del imperativo categórico. Los participantes en la discusión no pueden esperar alcanzar acuerdo acerca de aquello que responde igualmente a los intereses de todos, a menos que todos se sometan al ejercicio de una ‘toma de perspectiva mutua’, que llevaría a lo que Piaget llama un ‘descentramiento’ progresivo de la propia comprensión ego y etnocéntrica de uno mismo y del mundo”, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad Ramón Vilá Vernis, Buenos Aires, Paidós, 2004, ps. 22-24.

197. VIEHWEG acuña el término partiendo de la construcción de “un campo de investigación en que las opiniones (proposiciones) son puestas en duda y examinadas una y otra vez. Como la palabra griega para designar esto es *zetein*, este tipo de empresa intelectual puede ser llamada ‘cetética’”, dicho campo de investigación es contrapuesto a un segundo campo que se caracteriza por “fijar ciertas opiniones, cuya validez es intangible y con el cual se prueba la validez de nuestras opiniones. Como ‘formar una opinión’ se dice en griego *dokein* y ‘opinión’ es *dogma*, hablamos aquí de ‘dogmática’”, *op. cit.* p. 118.

198. *Ibidem*, ps. 78 y 79.

VIEHWEG no descuenta que de un sistema tópico, es decir, “un todo ordenado según problemas” se pueda desarrollar un sistema deductivo, pero en este punto se debe recordar que el sistema tópico está conformado básicamente por los *topoi* que se encuentran en constante movimiento, produciendo fecundos cambios y ello conlleva a una advertencia que brinda el mismo VIEHWEG: “cuanto más exigente y crítico sea su sistema cetético, tanto más fragmentario será el contenido material que ofrezca y, por tanto, estará muy lejos de poder satisfacer la función de un sistema dogmático”¹⁹⁹.

Lo dicho obedece a una clara identificación de la dogmática con el sistema racional-deductivo²⁰⁰, cuestión que como ya advertía LARENZ, “Viehweg identifica demasiado pronto, a nuestro entender, el sistema lógico-deductivo con el pensamiento sistemático en general y un pensamiento que se mantiene abierto a nuevos planteamientos con la ‘tópica’...por cierto, de un procedimiento que trabaja con un ‘reperitorio siempre preparado de puntos de vista’, que no están entre sí en conexión alguna cognoscible y que pueden ser de muy diferente clase. La circunstancia de que VIEHWEG aduce como ‘topoi jurídicos’ puntos de vista plenamente dispares (como por ejemplo: axiomas, conceptos y principios de valoración) y de que, en último término, para él todo es un ‘topos’ jurídico del que se puede obtener un argumento para los juristas, hace problemático el mismo concepto. Visto metodológicamente, existe aquí en verdad el peligro de una cierta simplificación”²⁰¹.

Por otra parte, quienes postulan a la “tópica” como un nuevo paradigma de fundamental importancia para la construcción del sistema, parten de ciertas premisas que extraen de determinados modismos cercanos a la tópica, los que se observan en la praxis del estudio de casos, como así también, en el sistema del *common law* referidos a la doctrina de los precedentes.

Pero cabe apuntar que en la praxis penal el estudio de casos es una práctica académica de ejercitación²⁰² a los fines de resolver las distintas situaciones que se puedan presentar en la actividad judicial²⁰³; asimismo, cuando en la realidad estamos ante un caso dado y nos avocamos a su estudio debemos recurrir indefectiblemente a la ley (derecho positivo), como así también, a otras fuentes del derecho, como la jurisprudencia, con el objeto de adecuar el caso en estudio a las normas que acuden para su solución²⁰⁴.

199. *Ibidem*, p. 79.

200. VIEHWEG cuando se refiere a un sistema deductivo entiende “en caso que se considere que es posible indicar principios inatacables a partir de los cuales podrían inferirse todas las proposiciones jurídicas necesarias. Los esfuerzos que apuntan en esta dirección –pero que nunca fueron totalmente exitosos- alcanzaron su punto culminante en el continente europeo durante los siglos XVII y XVIII. Cabe mencionar aquí, en primer lugar, a Puffendorf, quien se apoyaba en Grotius y Hobbes y a quien estudió Rousseau, así como también, por último, a Christian Wolf, quien ofreció un hilo conductor al pensamiento jurídico de Kant. Se postulaba un llamado sistema cerrado. Es decir, el sistema conceptual aquí acuñado exige que una pluralidad sea reunida en un todo cerrado mediante la derivación a partir de uno o de unos pocos principios. Puede notarse fácilmente que este concepto de sistema deductivo terminó desplazando en la conciencia científico-jurídica a todos los otros conceptos de sistema. A veces, hasta se identifica el concepto de ‘sistema’ con el de ‘sistema deductivo’, y se supone, por ello, que quien rechaza el sistema deductivo, en un sentido que debe ser descrito más de cerca, niega también todo sistema. Se olvida aquí fácilmente que la moderna valoración europeo-continental del sistema deductivo en nuestro campo no fue compartida ni por la Antigüedad ni por la Edad Media y que tampoco hoy ni en el *common law* ni en el derecho socialista tiene aquella importancia que se le quería conceder entre nosotros sino que parece estar más bien en retirada”, *op. cit.*, ps. 81 y 82.

201. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p.155. El autor de cita explica que “Sólo si Viehweg hubiera presentado un panorama diferenciado de las distintas clases de ‘topoi’ jurídicos y su función concreta en el conjunto de una conexión de fundamentación científico-jurídica, podría considerarse esto un logro metodológico. Pero, ¿sería esto, aún después, ‘tópica’?”

202. Tal como nos recuerda LASCANO, “en el ámbito de la enseñanza del derecho penal es importante la metodología basada en el análisis de casos –jurisprudenciales y de laboratorio- que permite la integración de la teoría y la práctica”, *op. cit.*, p. 85. Le asiste toda la razón al profesor cordobés, pues en el ámbito académico la casuística juega un papel fundamental para el “entrenamiento” de los alumnos, pero cuando volcamos dichos conocimientos a la realidad sería absurdo circunscribirnos a la casuística ya que corremos el peligro de desvincularnos de principios fundamentales que rigen el sistema jurídico-penal, por lo que concluimos de que en un ámbito académico el mentado “entrenamiento” resulta ser de singular importancia, porque el aislamiento del caso sirve para la concentración en determinados elementos que el profesor esta enseñando, vale decir, de modo fragmentado, cuestión que no ofrece resistencia al análisis cuando enfrentamos un caso verdadero al que debemos obligadamente (por el principio de legalidad y seguridad jurídica) someterlo bajo la luz de una dogmática (conjunto de postulados) sistematizada (articulada y guardando un cierto grado de coherencia entre sus postulados).

203. NAUCKE apunta que “si las consideraciones sistemáticas modifican los resultados jurídico-penales para determinados casos o grupos de casos, no es necesariamente un motivo para decidir entre distintos sistemas del hecho punible. Hay que examinar más bien, en primer lugar, si el problema sistemático no surge en todos los sistemas en igual manera. Si éste es el caso, es indiferente con qué sistema se lo intente solucionar...”, *op. cit.*, p. 329, nm. 168. Esta perspectiva desde los casos, en realidad, maneja una ordenación de los sistemas hacia el “problema” a resolver, en la realidad resulta poco práctico, y en un ámbito académico, salvo que la orientación pedagógica esté dirigida al conocimiento de los distintos sistemas jurídico-penales, lo más probable es que lleve a la confusión al estudiantado.

204. LARENZ desde una postura crítica, sostiene lo dicho con claridad metodológica, cuando expresa que: “Viehweg opina que en la Ciencia del Derecho se trata simplemente de la cuestión de qué es pues, cada vez justo aquí y ahora. Se le ha de conceder que no existe un procedimiento racional que pudiera contestar esta pregunta de una manera ‘definitiva’. Si se prescinde del derecho positivo sólo existe la posibilidad de una ‘discusión en torno a’, de un hallazgo y ponderación de todos los ‘puntos de vista’ que entran en consideración en un intercambio de pareceres (el diálogo platónico), en el que la ‘tópica’ puede ciertamente ofrecer una ayuda (aunque también poco más). Un tal diálogo, por su naturaleza, no tiene fin, porque siempre pueden aparecer nuevos puntos de vista. Viehweg pasa por alto que el jurista, excluidos los casos límite en que es remitido a su propia valoración, toma el camino

La práctica de un exacerbado casuismo, olvidándonos de conceptos básicos del derecho penal, como así también, de sus principios fundamentales resulta ser contraproducente, de allí que se siga que la práctica del casuismo judicial (si es que por ello entendemos el análisis de los distintos fallos judiciales) servirá de guía al magistrado, no obstante ello, este tipo de casuismo lejos se encuentra de lo que se conoce como tópica, toda vez que los fallos jurisprudenciales pertenecen a las fuentes del derecho y su ejercicio o casuismo jurídico es un recurso legítimo que tiene aquel en su tarea de resolución de causas y que por cierto no conforma un método de investigación formado por el “pensamiento problemático”, sino, en la aplicación del método racional-deductivo²⁰⁵.

Ahora bien, respecto a la doctrina de los precedentes propia del sistema anglosajón, la tópica como técnica de la argumentación responde a las demandas propias del sistema, no siendo la única técnica que compone dicho sistema. Aquí no se intenta un ensamble entre lo cetético y lo dogmático, el precedente judicial se antepone a “cualquier tipo de elaboración doctrinal”²⁰⁶.

6.2. ¿Pensamiento lógico-deductivo vs. pensamiento tópico?

En el punto anterior se intento responder a la primera pregunta, es decir, sobre lo que genéricamente se entiende por tópica, aquí se intentará esclarecer la segunda pregunta establecida, o sea, ¿por qué ROXIN recurre a este tipo de método para demostrar la necesidad y utilidad de una imputación objetiva?

ROXIN sabe que los problemas que se presentan en el campo de la dogmática penal son de diferente índole, por tanto, las cuestiones que se plantean no necesariamente obedece a un ámbito categorial específico, de allí que el procedimiento que realiza consiste en la reunión de distintos instrumentos que le puedan ser útil para enfrentar los distintos problemas que se le puedan presentar.

De ese modo, ROXIN adopta el pensamiento “problemático” o “tópico” como solución a los problemas de la teoría del delito. Tal como lo explica MUÑOZ CONDE, la idea no es la de negar la importancia del sistema constituyendo el punto de partida de la ciencia del derecho en el “problema”, sino, que la tendencia seguida por ROXIN estriba en penetrar en el problema, “pero sin renunciar por ello al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema”²⁰⁷.

Pero MUÑOZ CONDE sabe que el pensamiento tópico supone que ante cada problema jurídico hay que “partir de cero” y es el propio autor de cita que reconoce que no se pueden prescindir de todas las construcciones sistemáticas, porque ello haría imposible las soluciones unitarias²⁰⁸.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR añade al tema en discusión, que “es natural que el ámbito en que la tópica se discuta con mayor empeño sea el derecho civil, porque éste presupone en forma efectiva la del Derecho positivo para conseguir resoluciones ‘justas’; el Derecho positivo adopta aquí la función de una mediación (entre las principales exigencias inmediatamente evidentes de justicia y la regulación de sectores de vida particulares o situaciones de conflicto) y hace *vinculantes* determinadas pre-resoluciones. Así el juez, excepto en casos límite, no tiene que realizar *inmediatamente* la justicia; sino que tiene que encontrar una resolución que, en primer lugar, este de acuerdo con las reglas –y con los principios de valoración a ellas subyacentes– del Derecho positivo, así como con las pautas por éste reconocidas y con las concretizaciones de estas pautas ya contenidas en sentencias judiciales comparables. Una tal resolución es ciertamente –ya que el Derecho positivo referido a la justicia como a su ‘sentido’– también ‘justa’ en el caso ideal; pero inmediatamente, si está de acuerdo con el Derecho positivo (en su totalidad), sólo es ‘acertada’ o ‘recta’. Para llegar a resoluciones ‘rectas’ en tal medida, el juez precisa la ayuda de una Ciencia del Derecho, que no sólo le proporcione las reglas y normas de decisión particulares, sino que también le esclarece las valoraciones a ellas subyacentes, así como las relaciones, grados, dependencias y limitaciones recíprocas, y la armonía de los principios jurídicos, institutos jurídicos y regulaciones”, *op. cit.*, ps. 155 y 156.

205. Siguiendo a LASCANO (*op. cit.*, p. 85), coincidimos con que “en el campo penal presenta dificultad el rechazo del pensamiento sistemático y su total sustitución por el pensamiento problemático o casuístico, pues las especiales exigencias de seguridad jurídica propias del derecho penal derivadas del principio de legalidad, requieren la permanencia del sistema, lo que no debe ser obstáculo para indicar la necesidad de revisión de algunos puntos que antes no habían sido cuestionados”; y a continuación, el autor de cita con mención en ENGISCH y JESCHEK infiere que el pensamiento tópico puede llegar a ser de utilidad “para solucionar problemas concretos del derecho penal, como ocurre en aquellos puntos en los que el marco de la ley concede gran capacidad de decisión al juez. Valgan como ejemplos: los tipos penales abiertos... los elementos normativos de ciertos tipos... el contenido y naturaleza jurídica de las distintas eximentes”, etc. Pero aquí ha de tenerse cuidado, ya que la selección que se realice, en última instancia, “por la práctica jurídica y sobre todo por la jurisprudencia, que en la compleja interacción con la ciencia del Derecho a la larga tiene la sartén por el mango. Y a su vez, el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicabilidad del resultado... En este ‘eslalon de fundamentación’, sin embargo, necesariamente ha de romperse el hilo conductor de la deducción que es imprescindible para cualquier fundamentación científico-jurídica. Pues la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto, produciendo finalmente tan sólo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia de *cadí* sin verdadero fundamento científico-jurídico”, SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. Manuel Cáncio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, ps. 51 y 52.

206. FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 118 marginal.

207. Introducción a la monografía de ROXIN: *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 18.

208. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2001, p. 275.

existencia de un modelo de solución de conflictos por vía reparadora. Pero su aplicación al derecho penal es impensable, dado que éste, por su esencia, no resuelve conflictos. No sería imaginable una tópica sin tomar en cuenta el punto de vista de la víctima como determinante, lo que no corresponde al modelo penal de suspensión del conflicto, en el que prácticamente se produce una opción. La tópica cobraría sentido en la medida en que el poder punitivo dejase de ser un acto de poder vertical y adquiriese racionalidad como modelo de solución de conflictos o de ejercicio racional de poder estatal, con lo cual perdería su esencia”²⁰⁹.

La pretensión de una sistematización en el campo de la dogmática penal no resulta ser una tarea fácil, cada sistema pretendido con base en una acción causal o final, o bien, en las tendencias socializantes o negativas de la acción siempre necesitaron un margen, un espacio para efectuar ajustes, ya que no se concibe un sistema de verdades absolutas. El finalismo, por ejemplo, intentó en el pasado y aún lo sigue intentando en el presente²¹⁰ establecer la “adecuación social” como instrumento categorial del tipo para ejercer los ajustes necesarios que le permitan paliar con las faltas del sistema para determinados casos específicos.

El planteamiento de la teoría de la adecuación social no resulta ser un mero tópico sin relevancia teórica alguna, sino que WELZEL “le atribuye una función sistemática”²¹¹, cuya ubicación, luego de algunos cambios de postura, fue la primigenia, vale decir en la categoría de la tipicidad. No obstante lo dicho, el debate acerca del instituto de mención no está cerrado, los continuadores de su defensa dentro de la sistemática de la acción final rechazan vehementemente su asimilación a los “criterios de imputación”; formulación que proviene del funcionalismo sistémico, señalándose a la “adecuación social” como “precursora de la normativización del tipo objetivo”²¹², o sea, la iniciadora de los “criterios de imputación”. Lo cierto es, que la “adecuación social” se instrumenta en función de la acción final, la que le da sentido a todo el sistema, caso contrario ocurre con los llamados “criterios de imputación”, los que no cuentan con un concepto de acción previo, saturando el tipo debido a su extrema normativización²¹³.

En ese sentido, ROXIN pretende hacer dichos ajustes desde una perspectiva tópica. Pero ese método ¿resulta ser apto para la realización de dichos ajustes al sistema?, en otras palabras ¿se podría partir del “problema” como base para una construcción sistemática?. Si la respuesta nos conduce a la observación del sistema anglosajón, estaríamos equivocados, no sólo porque el sistema del *common law* responde a su propia naturaleza, de la que la tópica es sólo uno de los instrumentos con lo que cuenta tal como se expresara en el punto anterior, sino, porque la pretensión de ROXIN se acerca más a la conjugación de ambos sistemas (sistema europeo y sistema anglosajón) y no recurre en ningún momento a la suplantación de la tradición dogmática alemana.

Un sistema de tal naturaleza, por más esfuerzo que se haga en cuanto a su prolija exposición no podría descontar lo caótico de su aplicación. Al respecto, GRACIA MARTÍN aduce que “el mérito que, a mi juicio, hay que reconocer a *Roxin*, es, pues, y sólo, que con su genialidad haya logrado introducir un cierto equilibrio en todo ese caos tópico que constituye –también para él– el marco dentro del cual desarrolla su obra dogmática y político criminal. Pues, a mi juicio, en la obra de *Roxin*, y no en otro lugar, se encuentra ya el origen, y la posterior evolución, de ese caos tópico, del cual la moderna teoría de la imputación objetiva es, precisamente, un exponente paradigmático, porque ella es una doctrina tópica *par excellence*...”²¹⁴.

Ello tiene su razón de ser, ya que el sistema encierra en su contenido un ámbito dogmático dispuestos en un orden categorial, donde las distintas categorías que lo componen responden a determinadas estructuras preestablecidas, es decir, que son previas al problema, por tanto, el problema no las crea, ni ellas se transforman en otras cosas conforme sea el problema; y esto es porque las categorías obedecen a un orden subyacente en las estructuras que concretizan un ámbito dogmático. De allí que no se pueda “contar con el riesgo o la probabilidad, de que así los conceptos se ensombrecen y provocan contradicciones internas – reduce la doctrina jurídico-penal a una acumulación de opiniones, en la cual la llamada opinión dominante no se destaca por nada más que por el número de los que la sostienen”²¹⁵.

Por consiguiente, todo problema, por lógica consecuencia, debe ajustarse a las pautas categoriales que conforman el sistema; porque de otro modo ¿que capacidad de rendimiento tiene un sistema de de-

209. *Op. cit.*, p. 375.

210. Especialmente en los trabajos bibliográficos de GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, ps. 75-86; y, RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bogotá/Barcelona, Universidad Externado de Colombia/J.M. Bosch, 2002, ps. 219-302.

211. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14.

212. Para esto último ver CANCIO, *op.cit.*, p. 69, luego de un extenso desarrollo.

213. JESCHEK, *op. cit.*, p. 250.

214. Cit. en el Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bogotá/Barcelona, Universidad Externado de Colombia/J.M. Bosch, 2002, de manera particular en ps. 10 y 11.

215. HRUSCHKA, Joachim, *¿Puede y debería ser sistemática ...*, p. 63.

recho penal si no posee el potencial para resolver los problemas que se le presentan?, ello no empece a que se desconozcan supuestos excepcionales que merecen un determinado tratamiento especial, lo que el sistema deberá avizorar previendo márgenes de ajustes, ya que no existen los sistemas absolutos²¹⁶, pero esta verdad no debe convertir el sistema en un conjunto de conceptos, principios o axiomas estériles dirigidos a solucionar todo tipo de problemas, pero que en realidad se pierden en teorizaciones vanas; cuando no, resultan ser verdaderos “placebos” valorativos que no sólo no conducen a ningún lado, sino que además, no tienen consecuencia alguna para el sistema.

Lo que aquí se debe tener en cuenta es que la necesidad de un sistema hace a la ciencia del derecho, de allí que se desprenda si éste modo de pensar tópico tiene la capacidad de rendimiento para alcanzar las tareas encomendadas a la ciencia del derecho o no²¹⁷.

Resulta de interés lo vertido por HRUSCHKA cuando indica “por lo que se refiere a la doctrina jurídico-penal en función del servicio, no abogo en absoluto por una disociación respecto de la praxis. Sería erróneo ocuparse únicamente de los problemas que demanda la praxis. Al contrario, la doctrina jurídico-penal sólo podrá cumplir su tarea de allanar el camino a la legislación y jurisprudencia futuras, si procede de forma sistemática y desarrolla así, por ejemplo, sistemas completos de casos, En tanto se ocupe únicamente de las constelaciones conocidas y de los casos que le proporcionan los tribunales, no irá por delante de la jurisprudencia ni del legislador, sino que permanecerá detrás de ellos”²¹⁸.

6.3. El sistema “abierto” como solución de ajuste de los modelos teóricos actuales

Siguiendo el orden señalado en el punto 5, sólo resta por responder ¿qué tipo de sistema jurídico-penal se alcanza con el empleo de éste tipo de método?, y a ello nos avocaremos a continuación.

El reclamo de ROXIN va dirigido al positivismo jurídico por conformar un sistema cerrado aferrado a principios lógico-deductivos creando de ese modo una “teoría jurídica” que “destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma, aceptado por LISZT como evidente, sirve de base a esa oposición entre Derecho Penal y Política Criminal”²¹⁹, concepción dualista a la que ROXIN intenta superar²²⁰.

El catedrático de Munich aspira alcanzar un tipo de sistema abierto a los constantes cambios que la cetética llegara a imponerle, dado que la investigación llevaría a disolver toda duda de las meras opiniones (dogmática) “en un ámbito disciplinario exactamente delimitado... es decir abarcando varios ámbitos disciplinarios”²²¹.

Al procurar un sistema abierto como el descrito, las faltas naturales del sistema provoca que se acuda, a los fines de su completitud, a otras disciplinas; en el caso de ROXIN, esa cobertura de vacío del sistema lo halla en la Política Criminal, tal como lo expresa: “¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político criminal erróneo? Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable al sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras motivadas político-criminalmente de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas”²²².

La construcción sistémica funcional, cuyos ensayos comenzaron a partir de los años '70, “admite que los conceptos jurídico-penales no pueden prescindir de sus fines penales (político criminales o políticos en general) ni tampoco están dispuestos por la naturaleza ni por datos ópticos, sino que se construyen exclusivamente en función de los objetivos penales fijados”²²³. En virtud de estas pautas o criterios político-criminales sería la idea de prevención –por ejemplo- en sus distintas formulaciones, lo que se hallaría en la base de la doctrina del delito²²⁴.

De lo dicho se colige, que la función de la pena se aloja en la fundamentación político-criminal del

216. “Naturalmente –sostiene HRUSCHKA- que en el trabajo sistemático podemos cometer errores al construir conceptos, pueden presentarse contradicciones que no sean inmediatamente evitables. La investigación sistemática consiste, entre otras cosas, en empeñarse siempre en superar obstáculos así. El indiscutible error no reside en la falta o en la contradicción como tales, sino en quedarse tranquilo ante ellos”, *¿Puede y debería ser sistemática ...*, p. 65.

217. LARENZ, *op.cit.*, p. 151. HRUSCHKA advierte, en referencia a la capacidad de rendimiento de un sistema de tal característica, que “el sentido que tiene desarrollar tales sistemas es claro. Un campo de problemas sólo puede abarcarse en plenitud una vez que se conozcan todos los grupos de casos imaginables...si se desarrollan simultáneamente soluciones para todos los restantes grupos de casos pertenecientes al mismo sistema, y si armonizan entre sí las soluciones, evitando entonces –¡es lo mínimo!- contradicciones lógicas o axiológicas entre ellas. Por eso, para poder decir algo sensato sobre la solución, aunque sea la de un caso aislado, necesitamos contar con sistemas de casos”, *¿Puede y debería ser sistemática ...*, p. 49 y 50.

218. *¿Puede y debería ser sistemática ...*, p. 66.

219. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 41.

220. *Ibidem*, p. 110.

221. VIEHWEG, *op.cit.*, p.77.

222. *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 37.

223. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *op. cit.*, p. 383.

224. HRUSCHKA, *¿Puede y debería ser sistemática ...*, p. 23.

Derecho Penal; así, “la teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena. Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una *pena* y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible”²²⁵.

De este modo, se incorpora la teoría de la pena con su sentido prevencionista a regir las pautas direccionales del *ius puniendi* precisamente en el seno de la teoría del delito.

Desde los tiempos de CARRARA se observa la distinción de la teoría del delito (llamada por aquél “imputación”) de la teoría de la pena, como “uno de los más notables y radicales progresos de la ciencia criminal moderna”²²⁶, puesto que la idea de unificar ambas teorías se avizoraba como “fuente de errores”, porque como bien lo advirtió el Maestro de Pisa: “se confunden los fundamentos totalmente distintos de la imputación con los fundamentos de la pena, turbando así el orden de los principios cardinales de la doctrina punitiva; y porque si bien no puede existir pena cuando no hay imputación, puede existir imputación, puede existir imputación no seguida de pena, y si bien todo lo que modifica la imputación deba en justicia influir sobre la pena, puede ésta, a menudo, tener que modificarse, aun cuando pertenezca inalterada la imputación”²²⁷.

Excede al presente trabajo el debate sobre los “sistemas integrados”²²⁸ y, sin lugar a dudas “es importante ocuparse de las teorías de la pena. Pero entre ellas y la doctrina general del delito existe un abismo nada fácil de superar”²²⁹. Suponer que las teorías de la pena, o una de ellas, constituirían los fundamentos de una teoría comprensiva del Derecho penal contradice en todo caso el postulado: ¡ninguna pena sin hecho antijurídico!²³⁰.

En ese orden de ideas, si bien ROXIN encuentra en las motivaciones político-criminales la adecuación de su sistema a un realismo funcional, existe un claro peligro de producir un debilitamiento en las categorías del sistema; ya que como GRACIA MARTÍN lo pone de resalto, “desde el punto de vista de una contemplación total, la construcción del sistema no sólo no ha avanzado sino que incluso ha retrocedido por la introducción en el mismo, por ROXIN, de contenidos político-criminales que aquel no puede asimilar sin daño a las categorías dogmáticas y, en definitiva, sin daño para todo el edificio sistemático”²³¹.

Pero aquí no se trata de cuestionar las implicancias que tienen los criterios político-criminales en el campo normativo, sino, el poner de manifiesto que las cuestiones político-criminales nunca fueron desatendidas²³². Es más, consideramos que en la actualidad existe acuerdo en sobreentenderlas en la base conceptual del delito, específicamente, en su aspecto material, no así, en su aspecto formal, dado que este correspondería al plano de las categorías²³³.

225. MIR PUIG, *Estado, pena y delito...*, p. 117.

226. *Programa...*, Vol. I, , p. 31, nm.1.

227. *Ibidem*.

228. El sistema integral del Derecho penal es otra de las tantas variaciones que adopta la sistemática teleológica en relación a la función de la pena; en palabras de SILVA SÁNCHEZ se expresa así: el pensamiento sistemático “parece no gozar del prestigio de antaño, puede sorprender la objeción de que la teoría del delito resulta insuficientemente ‘sistemática’... la teoría del delito no ha logrado extender la sistematización que postula al total de los presupuestos de la imposición de la pena”, *Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*, pub. en El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, ps. 15/29. Este déficit de sistematización son adjudicado a una falta de amplitud que englobe la determinación de la pena como presupuesto de la teoría del delito y además, el proceso penal.

229. HRUSCHKA, *¿Puede y debería ser sistemática ...*, p. 27.

230. *Ibidem*, ps. 25 y 27.

231. *cit.* en el Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción...* p. 10.

232. Aún en el propio finalismo, estas fueron observadas por WELZEL, más allá que la crítica no le perdonara al pionero del sistema de la acción final su categórica sentencia: “el legislador está vinculado no sólo a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógica-objetivas de la materia de su regulación, pues en caso contrario su regulación será necesariamente falsa”. Pero lo expresado por WELZEL tiene su razón de ser si lo consideramos dentro de un contexto donde las determinaciones del poder político llevó a Europa a una catástrofe de orden mundial en la Segunda Gran Guerra, de allí que sea tan cauteloso con los criterios político-criminales dentro del ámbito de la dogmática pena; ahora bien, en los sistemas latinoamericanos no estamos muy lejos de las experiencias amargas que nos dejó el pasado en la memoria de los pueblos, donde “fácilmente sucumben a la tentación de utilizar el Derecho penal como un instrumento de emergencia y de presión, de prima ratio, con los alcances y límites que se quiera... por considerarlos ‘modelos funcionales’ para sus propios objetivos”, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal*, pub. en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Buenos Aires- Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 175.

233. MAURACH/ZIPF explica que “en materia de *aplicación del derecho penal*, la preeminencia corresponde al *concepto formal de delito*. La concepción material es acogida sólo indirectamente en la aplicación del derecho...Aun cuando se lograra precisar los elementos del concepto material del delito, ello sólo serviría para mejorar la base argumentativa en el proceso de criminalización y para favorecer una disposición al consenso, pero no para sustituir la decisión política. Es por ello que siempre subsistirá un campo de tensiones entre el concepto formal y material de delito”, *op. cit.*, ps. 216.

ROXIN al hacer depender al sistema de las pautas político-criminales²³⁴ olvida una cuestión fundamental que produce cierta resistencia, esto es, la orfandad de seguridad jurídica a que somete al sistema conlleva la carencia en la observación del principio de legalidad²³⁵. Porque, más allá de las imbricaciones que existan entre el mundo político y el mundo jurídico²³⁶, no se puede permitir ni la politización del sistema jurídico, lo que nos llevaría sin más a un decisionismo²³⁷ arbitrario, como así tampoco, se podría hablar de la normativización de las políticas del Estado²³⁸.

De allí que se siga, que nadie sensato puede desatender el “conjunto de métodos por medios de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”²³⁹, es decir, los criterios de política-criminal, pero en primer lugar, no debemos olvidar los principios racionales que rigen nuestro ámbito, dando lugar fundamentalmente a la sujeción a la ley²⁴⁰, como basamento primordial de todo el sistema.

En síntesis, lo que aquí sostenemos es que “el contenido del concepto material del delito proporciona el ideal, según el cual el legislador ha de decidir sobre la penalización de ciertas formas de conductas. La discrecionalidad legislativa está limitada así por las barreras constitucionales de la legislación penal”²⁴¹.

7. El sistema de imputación jurídico-penal en el funcionalismo sistémico de Jakobs

El desarrollo del programa ofrecido por ROXIN guarda lógica y coherencia con los postulados neokantistas que nutrieron su pensamiento penal; por el contrario, en JAKOBS lo vertido en su sistema de imputación jurídico-penal dista en demasía con su formación finalista. Su posición combativa, respecto a los continuos ataques a los postulados predicados por WELZEL, catalogándolos con frases “resonantes” como la designación de “pecado original”²⁴², haciendo alusión a la dogmática ontologizante del promotor y fundador del finalismo, sumado a su perspectiva socializante de la dogmática, hacen de JAKOBS un penalista de característica muy singular dentro de la doctrina europea y latinoamericana, siendo su discurso dogmático extremadamente debatible.

7.1. La imputación como sistema

La “imputación” en este estadio de desarrollo dogmático ya no responde a un modo de endilgar un resultado a una determinada conducta que se reputa de delictiva, sino, que la “imputación” se convierte en el sistema mismo. En JAKOBS, el concepto de imputación²⁴³ impregna todo el sistema, concretizando

234. Tal como lo explica RIVERO SÁNCHEZ, “el derecho penal deja de ser un límite de la política criminal – como lo consideraba v. LISZT-, y se convierte más bien en un instrumento de aquella”, *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*, Granada, Comares, 2004, p. 124.

235. En la actualidad se suele hablar de “política criminal de la emergencia”, como programa combativo del poder político, a través de la utilización de los criterios político-criminales, donde se experimenta un fuerte incremento del poder punitivo por sobre los derechos y garantías de la ciudadanía, devenidos del principio de legalidad.

236. Hay que admitir que nunca existió una vaya infranqueable entre lo político y lo jurídico, sin embargo, se nos suele presentar un mundo jurídico “atrincherado frecuentemente en torno a su dimensión formativa, tomando a ésta como objeto esterilizado y artificial, separado –cuando no independiente- del marco comunitario del que nace y adonde se aplica... Por su parte, el mundo político –explayado en el campo fáctico- ha exaltado la discrecionalidad y el ingrediente agresivo que pueden existir en el acto político. Olvidando el rol fundamental que juega la norma en cualquier sociedad...”, SAGÜES, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 254.

237. Aquí interpretamos dicho término en su forma más pura, o sea, “el positivismo decisionista restableciera como fundamento al soberano, quien decide, establece, restablece y sostiene el orden político y el sistema jurídico político correspondiente”, FLAX, Javier, *La democracia atrapada. Una crítica al decisionismo*, Buenos Aires, Biblos, 2004, p. 18.

238. SAGÜES entiende que “no solamente el mundo jurídico y el político serían distinto, sino que, forzosamente, *deben* diferenciarse. Ese imperativo se explica por razones técnicas y éticas, y llega a traducirse también en el plano normativo. Los razonamientos jurídicos debieran por tanto ser impermeables a las tentaciones políticas”, *op. cit.*, ps. 1-2.

239. CESANO, José Daniel, *La Política criminal y la emergencia. Entre simbolismo y el resurgimiento punitivo*, Córdoba, Mediterránea, 2004, p. 110.

240. Quizás parezca “ilógico” lo dicho, ya que se podrá oponer que la creación de la ley viene del poder político, pero por ello hago alusión a “principios racionales”, más allá de la actividad legislativa, pueda o no estar contaminada en su práctica por acuerdos espurios en el marco del sistema de concesiones e influencias imperativas en los partidos políticos; pues, aquí los principios rectores supraleales rigen la materia, caso contrario, mandaría lo que se señala como “decisionismo arbitrario”, ya que “para el decisionismo la decisión soberana es la que logra la obediencia a través de sus mandatos y es el soberano el que garantiza el orden. El soberano es el que dice qué es derecho y qué no lo es y no se subordina él mismo a ninguna supralealidad, en tanto es fuente de toda legalidad. La autolimitación normativa del soberano no es una opción posible para el decisionismo”, FLAX, *ibidem*.

241. MAURACH/ZIPF, *op. cit.*, p. 215, nm. 12.

242. Ver JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, México, Ángel, 2002, ps. 13 y ss.

243. MAURACH/ZIPF critica el uso extensivo que Jakobs hace del concepto de imputación, cuyo empleo no es en un único sentido, toda vez que “usa un concepto superior de imputación objetiva que, junto a la imputación objetiva del resultado, abarca otras instituciones jurídicas que normalmente se clasifican de modo diferente. Tales como el riesgo permitido o el acuerdo y el consentimiento. En estos casos se hace evidente el peligro de una extensión excesiva del concepto de la imputación objetiva del resultado”, *op. cit.*, p. 318.

los distintos segmentos que surcan los espacios categoriales, como un “pulpo” que extiende sus brazos abarcando todo el sistema, delineando de ese modo, un todo normativo²⁴⁴.

Pero ello no debe prestarse al equívoco, ya que el objetivo de una sistematización óptima para el Derecho Penal, JAKOBS lo desarrolla a través de su sistema de imputación jurídico penal, el que no debe confundirse, al menos en teoría, con los postulados de la “imputación objetiva”. Porque para llegar a la imputación propiamente dicha (determinación de culpabilidad) JAKOBS seguirá necesitando del tipo subjetivo y la culpabilidad.

La imputación objetiva, según palabras del catedrático de Bonn, “trata únicamente de las propiedades objetivas generales de la conducta imputable, siendo que los “criterios de imputación” tienen como contenido: 1) La finalidad propia del Derecho Penal de garantizar la seguridad de las expectativas y, 2) Sirven a la forma de regulación predominante en Derecho Penal, la de los delitos de resultado”²⁴⁵. Por lo que se puede considerar a la “imputación objetiva” en el sistema de JAKOBS, la columna vertebral dentro de un esquema funcional al sistema, donde “persona”, “roles” y, “expectativas” en la norma debaten su suerte en pos del equilibrio y estabilidad del sistema.

En cierta forma, le asiste razón a BACIGALUPO cuando sitúa el sistema de JAKOBS cercano a una perspectiva kelseniana, toda vez, que se establece la imputación objetiva como una conexión existente que vincula a un hecho y una persona, sobre un basamento normativo²⁴⁶. Aunque en JAKOBS aún persiste la vinculación con la teoría de la acción, concebida ésta como parte de la teoría de la imputación²⁴⁷, de allí que se siga la afirmación de que “el significado de una conducta es su posición en el contexto social... Esta interpretación de la conducta en el contexto social, junto a sus consecuencias causales anticipadas, se lleva a cabo, en la dogmática moderna bajo el nombre de imputación objetiva”²⁴⁸.

Para JAKOBS la imputación objetiva es algo común a toda clase de injusto²⁴⁹, debido a que su teoría de la relación específica de imputación objetiva puntualiza el concepto de acción. La normativización que ha supuesto la teoría de la relación objetiva de imputación “no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia acción”²⁵⁰.

La diferencia con ROXIN es notoria, puesto que el catedrático de Munich intenta distanciarse del “anclaje” en el concepto de acción, extrayendo éste del tipo en particular²⁵¹; JAKOBS mantiene la tradición de partir desde el concepto aludido, conformando su sistema de imputación jurídico-penal concretizando el concepto de acción a modo de “unidad conceptual” en conexidad con el resto del sistema, garantizando de esta forma, que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no se tornen confusos²⁵².

JAKOBS incluye en las posibilidades que puede tomar un curso dañoso, sea en la persona del propio autor, sea en la conducta dañosa de un tercero, o bien, hasta incluso en la conducta de la víctima, sin descartar por cierto el caso fortuito, renunciando por su esterilidad a toda explicación devenida de lo que se entiende por “causalidad”; por tanto, en lo que al tratamiento del “problema” a resolver respecta, adopta también los tópicos a los fines de traer una solución válida, por lo que recomienda “más bien se debe aislar, en esta densa red de causalidades y chances de salvamento, aquellos hilos que tienen el significado de ser gestadores de daños. Esto ocurre con la ayuda de las reglas de la imputación objetiva, a modo de principios que sirven para formar el retículo ante el cual, entre el torrente del acontecer de hechos, recién se encuentra el significado...”²⁵³.

Como se observa, en cuanto al método tópico, este no se pierde y desaparece, en el sistema de imputación jurídico-penal de JAKOBS, la tópica se complementa, pero dado que el sistema está vacío de ele-

244. GUIBOURG enseña, respecto al esquema normativo, que éste es todo un desafío, dado “que el hombre, llevado por el perjuicio esencialista implícito en su lenguaje, tiende a imprimir a su análisis de la acción (como al de otros objetos) un sesgo ontológico que conspira contra el buen éxito del intento”; porque “La descripción de la acción se articula como uno de los elementos de la norma (*su contenido*), y es necesario – si queremos acercarnos al fenómeno normativo desde uno de los puntos de vista de mayor desarrollo actual- disponer de una teoría de las normas y de una lógica normativa (que incluya una lógica de la acción”, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, ps. 22-23.

245. *Derecho Penal- Parte General...*, p. 225.

246. BACIGALUPO, *op.cit.*, p. 200.

247. *Ibidem*, p. 201.

248. JAKOBS, Günther, “*Sistema de imputación jurídico-penal*”, pub. en Problemas capitales del Derecho Penal moderno, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, ps. 41-42.

249. Sosteniendo el Catedrático de Bonn que “tanto en caso de concurrir dolo como imprudencia es el significado general y, por tanto, objetivo, el que interesa desde el punto de vista social, precisamente porque lo decisivo es que se trata de hechos que producen una perturbación social y no de peculiaridades individuales”, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, México, Ángel, 2002, p. 20.

250. JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de la acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 8.

251. Señalándose desde una postura crítica, a esta modalidad dogmática, como una forma de “saturación del tipo”.

252. JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal...*, p. 10.

253. JAKOBS, Günther, “*Sistema de imputación...*”, ps. 42-43.

mentos naturales y descriptivos²⁵⁴ el método se potencializa en una esfera estrictamente normativa²⁵⁵.

De allí que se siga, que en la consideración del “problema” a resolver, en su aislamiento; se parte de un concepto de acción desprovisto de todo elemento descriptivo, ésta es la mentada “unidad conceptual” que se conecta con la imputación objetiva en una relación exclusivamente normativa, vale decir, el “adquirir culpablemente competencia por una lesión a la vigencia de la norma”; de este modo la explicación para determinar la “imputación” hay que buscarla en el concepto de “culpabilidad”, y esta última, a la vez, se explica a través de la “imputación”, lo que convierte al sistema en un círculo vicioso²⁵⁶.

De ese modo, el sistema es la “imputación” justificada por el sistema mismo, lo que configura un modo argumentativo circular ausente de consecuencias²⁵⁷.

7.2. Del pensamiento “problemático” al pensamiento “complejo”²⁵⁸

Recurrir al “círculo” quizás no sea lo querido, pero es el precio que se paga por su adscripción a la sociología sistémica; porque lo complejo en JAKOBS no está en su adaptación del sistema a la filosofía idealista de HEGEL, ya que en HEGEL se ha nutrido la doctrina, tanto civil como penal, de todos los tiempos, aún cuando se trataba de autores de distintas extracciones (HONIG, WELZEL, etc.) que incurrieron en ese ámbito iusfilosófico, tomando uno u otro principio. Tampoco hallamos complejidad en el estricto esquema normativo al que somete al sistema, ya que un esquema de esa naturaleza no resulta del todo extraño²⁵⁹, porque lo hemos experimentado en otras épocas con resultados poco alentadores, al menos, en lo que respecta al ámbito jurídico-penal; sino, que la raíz de la mentada “complejidad” hay que buscarla en la fundamentación sistémica y la concepción que hace JAKOBS del sistema jurídico, como sistema autosuficiente.

Según JAKOBS, “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social...la sociedad mantiene las normas...la pena no es un medio para mantener la identidad social sino que ya constituye a ese mantenimiento mismo”, de allí que la cuestión de la pena sea independiente, pues “afectan el entorno” del sistema, o sea, “a las consecuencias del de psicología individual o social”, pero no afecta al “núcleo de la teoría: el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad...Ahora bien, esta autosuficiencia del sistema jurídico es una cosa, y otra cuestión distinta es ‘qué problema del sistema social se resuelve mediante la génesis diferenciada de las normas específicamente jurídicas y, en definitiva, mediante la génesis diferenciada de un sistema jurídico especial’. El funcionalismo afirma que lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social...”²⁶⁰.

254. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación ...*, p. 43.

255. Tal como advierte VIEHWEG, respecto a la teoría pura del derecho, donde se ofrecen los fundamentos de validez para un determinado esquema normativo, la rigidez del sistema sería morigerada por “una creación flexible y controlable”, siendo que “la creativa concisión lingüística de la tópica es, como se sabe, una parte importante de la retórica y ésta es manifiestamente adecuada para proporcionar la necesaria complementación sustancial de la teoría del derecho kelseniana. Además, permite arrojar dudas acerca de si un examen no-retórico de la materia del derecho puede satisfacer el postulado de controlabilidad, propio del Estado de derecho”, *op. cit.*, p. 195

256. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación ...*, p.46. El autor de mención agrega, que el sistema de imputación jurídico-penal que Jakobs propugna “como todo normativismo, puesto que erige una fachada de argumentaciones circulares, necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras decisiones...que tácitamente se toman por él como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir”. Todo ello se sintetiza en un sistema versátil, en cuanto a su adaptación a cualquier tipo de política-criminal, siendo su característica ahistórica la que posibilita su adaptación a los cambios sociales.

257. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación ...*, p.47 y ss.

258. El pensamiento complejo surge de lo que se conoce como “paradigma de la complejidad”, el cual viene a constituir el presente momento evolutivo del “funcionalismo”. Como paradigma, está constituido por un cierto tipo de relación extremadamente fuerte entre nociones maestras, nociones clave, principios clave. Esa relación y esos principios van a gobernar todos los discursos que obedecen inconscientemente a su gobierno (Al respecto ver la obra de MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, trad. Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 1995). Por otra parte, RUSSO explica las diferencias existentes entre el pensamiento “problemático” y el pensamiento “complejo” o “sistémico”, cuando señala que “el pensar problemático no tiene principio ni terminaciones. Aborda un tema por cualquier lado, por cualquiera de sus aristas, y lo deja, mejor dicho, suspende sus indagaciones allí donde lo tomó la noche. El pensar sistemático, en cambio, proyecta un edificio hasta en sus menores detalles, prevé el destino de cada una de sus habitaciones y corredores, y no descansa hasta ver concluida la obra. El pensar problemático se considera esencialmente falible, está siempre pronto a admitir que se señale un error y dispuesto a replantearse el punto para ratificarlo o rectificarlo. En el pensar sistemático, el error no puede ser admitido ni siquiera como hipótesis. Una falla en el sistema, una fisura en la construcción y toda ella se desploma. No hay lugar para remiendos. Es preciso, en tal caso, volver a construir otro edificio desde los cimientos”, *op. cit.*, p.15.

259. Tal como lo fue el sistema normativista de Kelsen.

260. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, ps. 18-20.

Al reconocer a un sistema como “autosuficiente”, ello nos introduce en un ámbito que pertenece a la sociología de los sistemas, que por cierto, presenta enormes dificultades (aun para los mismos sociólogos), puesto que quedamos atrapados en la problemática de los “sistemas autorreferenciales”²⁶¹; donde el propio LUHMANN²⁶² incorpora la teoría de la “autopoiesis” de VARELA y MATURANA²⁶³ como principio concretizador de su sistema²⁶⁴, porque precisamente, la problemática de un sistema de esas características son las “paradojas” que presenta, haciendo de aquel una verdadera “trampa” dialógica, cuya justificación hay que buscarla en el sistema mismo.

Ahora bien, en el discurso jurídico-penal de JAKOBS no se habla de “autopoiesis” como principio concretizador de su sistema autorreferencial (entiéndase como autosuficiente), pero pronto tuvo que encontrar un “principio” que le diera sentido a una sistémica de “retroalimentación” (imputación-culpabilidad-imputación) como la suya, ya que la paradoja de la “auto-referencia-circularidad” es un obstáculo insalvable²⁶⁵, que sólo se puede sostener por la vía de un arbitrario decisionismo normativo, tomado tácitamente como presupuesto por quien lo proponga.

En consecuencia, a partir de mediados de la década del '90 se observa una reformulación del sistema en torno al concepto de “persona” como eje central de la imputación jurídico-penal²⁶⁶. “Ser persona –explica JAKOBS– significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo... Los partícipes de esa sociedad, es decir los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma. Con ello, ya tienen un papel (aunque éste quizás sea pequeño) que representar”²⁶⁷.

En este escenario social que el catedrático de Bonn ilustra con detalles, los sujetos ya no son considerados aisladamente, sino en su conjunto, pues un comportamiento tomado en forma aislada “puede ser interpretado de distintas maneras”²⁶⁸. Ello produce que lo subjetivo del ser humano se torne inaccesible; por ello, el autor de cita señala que “la situación cambia, desde luego, cuando se conoce cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculante... Partiendo de esta situación, es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción a la norma o algo inocuo.

261. Conforme a la conocida fórmula de MATURANA, “la teoría de los sistemas auto-referenciales afirma, que todo sistema vivo, sean estos células u organismos, constituye un sistema operativo cerrado en la medida en que reproduce los elementos de que se compone con ayuda de aquellos elementos de los que se compone. Los sistemas vivos se reproducen en consecuencia en una *circularidad basal*, no sólo en el sentido común de la réplica genética en las sucesivas generaciones sino más bien en un sentido más específico: el de una *actual y continua* auto-producción del propio sistema”, RIVERO SANCHEZ, *op. cit.*, p.244.

262. Autor que en gran medida sigue JAKOBS, sobre todo cuando establece sus pilares sistémicos en el constructo que la sociedad y el derecho hace del individuo, las expectativas y roles que a cada individuo le toca desempeñar, y en especial, el “quebrantamiento del rol”, como presupuesto de la imputación.

263. Tanto la teoría de los sistemas “auto-referenciales”, como el principio de “autopoiesis” provienen del campo de la biología y especialmente de la pluma de los autores chilenos Humberto MATURANA y Francisco VARELA. GARCÍA AMADO al respecto, expresa que “el cambio fundamental que implica su asunción de las teorías de Varela y Maturana es la idea de que la autorreferencia del sistema no se agota en la producción de sus estructuras o en la circularidad de sus operaciones, sino que se extiende a la constitución de sus propios elementos... La identidad del sistema pasa a colocarse en el dinámica autorreproductiva de sus elementos” (*La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 188). Consecuentemente para LUHMANN –quien hace suyos estos conceptos aplicándolos al campo de las ciencias sociales– la autopoiesis “es un grado que alcanzan los sistemas desarrollados”. Con el concepto de autopoiesis –explica RIVERO SÁNCHEZ– se designa el fenómeno de la auto-referencia, la que se da cuando el sistema alcanza la facultad de auto-observación, auto-organización, auto-reflexión, auto-reproducción y auto-control, *op. cit.*, p.243.

264. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, en especial, ps. 56-57.

265. En TEUBNER esta cuestión no resulta ser tan problemática, este autor no se esfuerza por sortear los obstáculos que ofrece la paradoja de la “auto-referencia-circularidad”, sino, que adapta el “problema” sin más en su sistema jurídico-global, porque como lo admite el autor de cita, “las paradojas de la auto-referencia parecen ser el principal obstáculo para el desarrollo de una verdadera epistemología social”, y con ello precisamente indica que los bloqueos de las “estructuras auto-referenciales”, vale decir: “circularidad”, “tautología”, “regresión infinita”, es lo que imposibilita el desarrollo y progreso del discurso social. Por lo que este autor recomienda lidiar con dichas paradojas no evitándolas, sino haciendo un uso productivo de las mismas, en tal sentido “los discursos no pueden sino justificarse en su propia circularidad y no pueden sino producir regularidades que se regulan a sí mismas y que gobiernan la transformación de sus propias regularidades. La paradoja de la autorreferencia no es entonces un fallo de nuestra reconstrucción intelectual del discurso que hay que evitar a toda costa, sino que es su realidad la que no podemos evitar en modo alguno”, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. Carlos Gómez-Jara Díez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 35.

266. SILVA SANCHEZ advierte que “las tesis normativistas difundidas por Jakobs, que tienden a subrayar una progresiva desvinculación de la teoría de los sistemas de Luhmann y, por el contrario, a acentuar su raigambre *hegeliana* constituyen, probablemente el punto de referencia fundamental”, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p.28. Y ello es entendible porque en LUHMANN la idea de sujeto como centro del sistema desaparece, ya que “cada sistema será el sujeto de sí mismo y para sí mismo...no hay ningún sistema de sujetos. Tampoco hay un sujeto (en cuanto conciencia individual o colectiva) de los sistemas sociales” (GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 154 y ss.), ello le valió severas críticas al “mundo sin sujetos” que LUHMANN predica.

267. *Sociedad, norma y persona...*, ps. 50-51.

268. *Ibidem*, p. 52.

Por tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que ese patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas²⁶⁹.

7.3. La imputación como quebrantamiento del “rol”

El empleo de la imputación objetiva da paso a una dogmática normativa “que inquiere a quién le incumbe qué suceso²⁷⁰, ello viene a sustituir la llamada dogmática naturalística que establecía el planteamiento desde la causación. La causación resulta ser insuficiente – a juicio de JAKOBS- para fundamentar la imputación, dado que aquella “únicamente afecta el lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social²⁷¹”.

El catedrático de Bonn parte de una perspectiva donde la “interacción social” produce una apertura limitada de los intervinientes, o sea, “que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, asegurar estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa... pues dicha persona es tomada como portadora de un rol²⁷²”.

Consecuentemente con lo dicho, surge que la imputación objetiva revestida de la normatividad que le da JAKOBS devela lo que es objetivo como imputación de las “desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol²⁷³”; aquí ya no interesan las capacidades del actuante, sino, solo las de quien porta el rol.

Para JAKOBS, el “rol” determina un sistema de posiciones definidas de modo normativo, son intercambiables y, este sistema se edifica con base en las personas²⁷⁴. De aquí que se siga, que la adquisición del significado social devenida de la perturbación que produjo el agente con su comportamiento desviado respecto de las expectativas que la sociedad tiene en cuanto al cumplimiento del rol que le tocó conforme al posicionamiento en el sistema es lo que configura el “quebrantamiento del rol”; entonces, “desde el punto de vista del Derecho Penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social²⁷⁵”.

Siguiendo a GOODE se sostiene que “las normas y definiciones de roles especifican solo una gama de formas de conductas, y por tanto, aunque se las acepte no resultan vías adecuadas para la acción... Las obligaciones totales de los roles de un individuo -sostiene GOODE- están idealizadas y representan demandas excesivas. En realidad, no siempre son intrínsecamente gratas y a menudo tienen carácter ambivalente, contradictorio, inconsecuente o conflictual. Por lo tanto, los supuestos de la integración institucional y de compromiso con las normas no pueden explicar la integración práctica real del sistema total de roles de un individuo ni la integración entre los sistemas de roles de grupos de individuos²⁷⁶”.

269. *Ibidem*, ps. 52-53.

270. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal* ... p. 8.

271. *Ibidem*, p. 17.

272. *Ibidem*, p. 18.

273. *Ibidem*, p. 19.

274. BLUMER señaló hace poco que “el interaccionismo admite el hecho de la organización social, pero trata de diferente manera dos aspectos fundamentales. Primero, la organización de la sociedad es el ‘marco dentro del cual ocurre la acción social, y no el determinante de la misma’; segundo, esta organización y los cambios producidos en ella ‘son resultado de la actividad de unidades actuantes, y no de fuerzas que excluyen a unidades actuantes’. Los rasgos estructurales –‘cultura’, ‘roles’, ‘status’, etc.- determinan las condiciones de la acción configurando situaciones de acción y apartando símbolos comunes. Pero son personas las que actúan hacia sus propias situaciones y las interpretan, ya sea integrando asociaciones formales o informales”, BUCKLEY, Walter, *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*, trad. Anibal C. Leal, Buenos Aires, Amorrortu, 1993.

275. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*... p. 21.

276. BUCKLEY, *op.cit.*, p. 225. En apretada síntesis lo que se intenta delinear conforme a la teoría de los roles es que “las instituciones pueden proporcionar un marco normativo que prescribe los roles que deben ser desempeñados, asegurando de ese modo la necesaria división de trabajo y reduciendo todo lo posible los costos de la conducta exploratoria de definición de roles. Sin embargo, las transacciones reales de roles que ocurren generan un compromiso práctico más o menos coherente y estable entre las prescripciones ideales y un proceso flexible de hechura de roles entre las demandas estructuradas de otros y los requerimientos de los propósitos y los sentimientos propios. Esta concepción de las relaciones de los roles como ‘plenamente interactivas’, antes que meramente conformistas, contribuye a las recientes tendencias a subordinar los procesos normativos a los funcionales cuando se explica la integración societal” (*ibidem*, p. 220), cuadro situacional que guarda total armonía con la interpretación realizada por JAKOBS la cual vuelca en su socio-dogmática.

No obstante su multiplicidad de fases, propias de un sistema multidimensional²⁷⁷, donde poco importa el individuo y la descripción de la conducta realizada, porque un sistema con estas características multifacéticas, donde el status o posición jerárquica de la “persona” dentro del sistema esta propensa a la llamada “tensión” de roles, que tras un engañoso estado de permanencia, los roles están sujetos a variaciones propio de la búsqueda por el acomodamiento cotidiano de las transacciones de roles que sirven de base al presunto orden social. Por tanto, lo dicho solo puede conformar un tipo de sistema donde “las normas y los valores, y por tanto los roles y las estructuras institucionales en general, no especifican formas de conducta concretas; son reglas o guías más o menos generales, y no contienen información suficiente para especificar el funcionamiento detallado del sistema o para ‘delinear’ más que una parte reducida de la ‘variedad’ del ambiente o el sistema interno”²⁷⁸.

En ese orden de ideas, si como bien lo expone JAKOBS la imputación significa el “quiebre del rol”, no sólo estamos presente ante la ausencia de información y conocimiento sobre la “acción” impetrada, sino que además, con el rótulo de “el portador del rol” sólo se indica que sujeto será pasible de la imputación por la defraudación de in-determinadas expectativas sociales que un in-determinado rol (uno de los tantos que carga la “persona” –para JAKOBS- o el individuo –para nosotros- que por cierto, son numerosos, al punto de crear su propio sistema) ha sido quebrantado²⁷⁹.

Esto último, deja en evidencia el planteamiento sistémico en estudio, siendo la temática en cuestión indudablemente difusa, ambigua y carente de sustento, al menos en lo que al ámbito penal respecta²⁸⁰.

Por tanto, en rigor de verdad, los roles como recurso sistémico, son modos deshumanizante del individuo sujeto al sistema²⁸¹; ellos solo interesan al sistema para lograr mantener su equilibrio, conforme a los principios más radicalizados de la Teoría de los sistemas.

8. La sistematización jurídico-penal en la posmodernidad

La sistematización jurídico-penal en la posmodernidad alcanza una cierta dualidad en el sistema teleológico-funcional de ROXIN, tornándose casi incomprensible comparado con la perspectiva sistémica que adopta JAKOBS, donde sólo perdura la idea de “funcionalidad” como paradigma de la posmodernidad.

La idea de “funcionalidad”²⁸² se presenta dentro de la sistemática jurídico-penal como eje de la construcción, depurando a la vez, todo elemento que se reputa inútil o bien, antifuncional al sistema. Pero, ¿Cómo se decide lo que resulta ser funcional o antifuncional a un sistema dado?

277. El estructural-funcionalismo de PARSONS lo sostenía como eje básico en su teoría de la acción social.

278. BUCKEY, *op.cit.*, p. 235.

279. SANCINETTI explica que “hay que destacar, en principio, que no hay por qué reconocer un valor en el hecho de que un rol social no varíe según las individualidades. Esto sería, sobre todo, contrario a las relaciones sociales; todo el mundo espera de cada individuo un cumplimiento de su rol no idéntico al individuo de al lado... Esto es igual en cualquier otro delito, y también en Jakobs, como lo demuestra ya el hecho de que para la configuración del ilícito haga falta, según él, el complemento del tipo *subjetivo*, lo que implica que el quebrantamiento del rol requiera un componente *individual*... Esto significa que la mera concurrencia de un tipo ‘objetivo’, un *aparente* quebrantamiento del rol, informa muy poco acerca del *auténtico* quebrantamiento del rol, más bien informa exteriormente que *puede ser* que alguien haya quebrantado su rol. Considerado personalmente, esto sólo lo decide en Jakobs, como mínimo, la previsibilidad *subjetiva*. ¿Qué queda de correcto, entonces, de la ‘objetividad’ del rol? Queda de correcto que sí es cierto que el rol limita el contenido del deber, a pesar de que pueda surgir por la representación de circunstancias que no concurren en la realidad... el rol tiene los *límites objetivos que fija la norma* –para cuyo alcance no hay que consultar a la representación del autor”, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, ps. 127 y ss.

280. Al hacer referencia al ámbito penal se intenta ser acotado respecto a la temática que nos interesa, cual es la “imputación”, pero lo cierto es que aun “buceando” en las aguas profundas de la sociología sistémica descubriremos más dudas que verdades en referencia a lo atinente a la “aceptación de roles” llevada a cabo por el “interaccionismo” contemporáneo. Y aquí resulta imperioso mencionar a LUHMANN –ya que éste es quien inspiró a JAKOBS en su instrumentalización de su “imputación” por las vías del quebrantamiento de roles- quien “al considerar como se hace valer el entorno social en el sistema de interacción, se puede deducir hipótesis acerca de las consecuencias de los cambios socioestructurales en dichos sistemas. Si el entorno social se vuelve más complejo, concierne sobre todo a los propios roles distintos, para los cuales cada participante tiene que esperar y exigir consideración. Entre más complejo es el entorno más heterogéneo son esos otros roles, de manera más global e independientemente de la comprensión serán absueltos los otros roles en el sistema. Paralelamente, disminuye el grado con que los participantes mismos, por tener en cuenta a sus otros roles comprensibles, se disciplinan” (*Sistemas sociales...*, p. 376). Ahora bien, luego de esta exposición hecha por LUHMANN conviene dar cita a Ralph TURNER, quizás uno de los sociólogos que con mayor profundidad abordo la cuestión pertinente a los roles, y éste nos dice que existe ambigüedad en lo que corresponde al interaccionismo contemporáneo en su tendencia a la teoría de los roles, TURNER enfatiza en la “creación de roles como opuesta a lo que considera la más pasiva comprensión funcionalista de la aceptación de roles. Su concepción del elemento activo, contingente e individualista de la conducta de roles no niega la existencia de obligaciones de rol socialmente estructuradas en cuanto tales. Sin embargo, no se resuelve el origen de dicha estructuración, ni se explica cómo afecta el rol que el individuo adopta. Las preocupaciones estructurales están entre paréntesis; el cómo resulta más importante que el porqué”, cit por ALEXANDER, Jeffrey C., *Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial*, trad. Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 186.

281. Aquí resulta de importancia escuchar el clamor de GRACIA MARTÍN cuando realiza su proclama llamando a la “liberación del hombre de la esclavitud de lo injusto del quebranto de roles, y de reintegrarlo, así, a la dignidad de un renovado y perfeccionado injusto personal” (*Prologo...* p. 28) a la luz del neo-finalismo.

282. Al respecto, LASCANO explica que las funciones son prestaciones que – solas o junto con otras- mantienen un sistema”, *op.cit.*, p. 90.

Tanto ROXIN como JAKOBS, ambos admiten la “renormativización” de las categorías del tipo, dado que la perspectiva funcional-teleológica del primero intenta construir un “derecho penal orientado a las consecuencias, es decir, a los fines y valoraciones político-criminales, que permitan conformar un sistema abierto con un contenido racional, que resulte adecuado a las necesidades preventivas de la actual sociedad, compleja, plural, y globalizada”²⁸³.

Este retorno al neokantismo de antaño pretende sortear las trampas de la “difusa orientación hacia los valores culturales por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”²⁸⁴.

La posición de JAKOBS mucho más radicalizada en la sistémica sociológica, augura un derecho penal funcional²⁸⁵ al reestablecimiento en el plano de la comunicación de la vigencia perturbada de la norma ante la existencia de una infracción a esta²⁸⁶.

8.1. La tecnocracia jurídico-penal

Entender por qué se busca instrumentar un derecho penal funcional dentro de una teoría orientada a los sistemas ello no representa problema alguno, lo que sí resulta ser dificultoso es como se llega a este estadio histórico donde se presenta como única salida los modelos normativistas producto de la tecnocracia jurídica-penal, hija de la tecnología social orientada a los sistemas.

En ese sentido, ZAFFARONI impetra al funcionalismo teleológico cuando expresa que “*la tecnocracia jurídico-penal degrada la dogmática de su categoría de método científico a la de instrumento de racionalización al servicio de la voluntad omnimoda del legislador (grupo de poder dominante)...en el plano político criminal, la fuerza creadora de una metodología así concebida le lleva a la ilusión de que con la mera completitud lógica del sistema (y el retribucionismo como a priori incuestionable) queda preservada la seguridad jurídica, lo que parece ignorar que un sistema puede ser lógicamente completo y, sin embargo no existir ninguna seguridad jurídica, como suele acontecer en los totalitarismos. Por supuesto que para afirmar tal cosa es menester entender por seguridad jurídica la garantía de un cierto ámbito de autodeterminación, disponibilidad o espacio social, y no la simple certeza en la aplicación de la ley, porque en este segundo sentido, ‘seguridad jurídica’ sería ‘seguridad’ para el estado respecto de que inexorablemente se cumplirá su voluntad*”²⁸⁷

Consecuentemente con lo expuesto y en frontal crítica al funcionalismo sistémico de JAKOBS, completa MUÑOZ CONDE al afirmar que “la teoría sistémica representa una descripción, aséptica y tecnocrática, del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo...la teoría sistémica conduce a la concepción preventiva integradora del derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica. El carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de la norma jurídica penal desaparecen en un modelo tecnocrático en el que la desviación social y el delito, calificados de ‘complejidad’, quedan integrados en el sistema, sin modificarlos en lo más mínimo. La norma penal soluciona el conflicto (delito) reduciendo su complejidad, atacándolo allí donde se manifiesta, no donde se produce, legitimando y reproduciendo un sistema que en ningún caso es cuestionado”²⁸⁸.

Las corrientes “tecnócratas-sociales” o “tecnócratas-funcionales” no cumplen con los requisitos que demanda un sistema que dignifique al hombre como centro y principal protagonista del mismo.

A través del presente trabajo se intentó demostrar lo antifuncional que resulta ser el funcionalismo de los sistemas tecnócratas-sociales. La politización de una dogmática con bases en la prevención especial o general, o bien, convertir a la dogmática penal en un sinsentido plagado de paradojas autorreferenciales sabemos que no conducen a un sistema que pueda garantizar el cumplimiento de los principios básicos y fundamentales que deben primar en un Estado de Derecho.

283. *Ibidem*, p. 88.

284. *Ibidem*, ps. 92 y 93.

285. MUÑOZ CONDE señala que “cuando desde la teoría sistémica se habla de la ‘funcionalidad’ de la norma jurídica penal, nada se dice sobre la forma específica de su funcionamiento, ni sobre el sistema social para el que es funcional. Desde esta perspectiva, el concepto de función es demasiado neutro y realmente no sirve demasiado para comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo...en última instancia, la teoría sistémica conduce a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de ‘funcionalidad del sistema social’, perdiendo así la ciencia del derecho penal el último punto de referencia”, *Derecho Penal y Control social*, Bogotá, Témis, 2004, ps. 17 y 18.

286. Ver al respecto, JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2001.

287. *Política criminal latinoamericana. Perspectivas – Disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, ps. 104 y 105.

288. *Derecho Penal y Control social...*, p. 17.

8.2. Detrás de los “conceptos” sistémicos

Si algo caracteriza el posmodernismo es en coincidir con el desarrollo de la Teoría General de Sistemas llevado a cabo en el campo de la sociología. Sus fundamentos reposados en la filosofía del lenguaje hace del método pragmático que emplea una herramienta idónea para enunciar sus postulados de manera reiterativa, “señalando su veracidad por el hecho de repetirlos culmina en una parálisis y sincretismo teórico, donde el pensar críticamente se vuelve un acto inútil”²⁸⁹.

Pero cuando partimos de un pensamiento sistémico en la base de la sistematización jurídico-penal, se observa que un bagaje de términos desconocidos acude a brindar explicaciones sobre el sistema y su equilibrio. Términos como “insumo” (*input*), “producto” (*output*), “retroalimentación” (*feedback*), sentido, autosuficiencia, roles, expectativas, etc. Sobre la naturaleza de tales términos sólo se sabe que fueron abonados en el devenir del proceso sociológico que conformó la moderna teoría de los sistemas, conjugando elementos de distintos ordenes, de la física, de la informática, de la ciencia de la comunicación, biología, y del campo de las ciencias sociales, entre otros.

En la moderna teoría de los sistemas todo lo que hay en ella es experimental²⁹⁰. Tal como lo afirma BURCKEY “el enfoque moderno de los sistemas puede representar una contribución significativa a la teoría y la investigación de los sistemas socioculturales, a pesar de que no es en sí mismo una teoría deductiva y carece aún de un amplio cuerpo de investigación que pudiera confirmar sus asertos”²⁹¹.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se produce un cambio de perspectiva, condensando la fermentación intelectual que se venían efectuando por lo menos desde comienzo del siglo XX. ROXIN desarrolla su sistema teleológico-funcional tomando la concepción sistémica de Talcott PARSONS, quien fuera su principal mentor en los Estados Unidos de América en la década de los '60. Pero el mismo PARSONS al no encontrar una formulación de una teoría general lo suficientemente aceptable (porque su intento al exponer su “esquema conceptual” o “teoría de la acción general”, representó una tarea compleja que no dio los frutos esperados), pronto perdió reputación cesando en el empeño, tal como lo reconoce el mismo LUHMANN²⁹². PARSONS perdió credibilidad en su empresa y, con el se perdía el movimiento funcionalista-sistémico, excepto por LUHMANN, que siguió propiciándolo en Alemania. De los trabajos de éste último se nutre el funcionalismo de JAKOBS.

El sistema jurídico-penal está dirigido a regular conductas humanas, comportamientos de los individuos en sociedad; por eso, el debate entre causalistas y finalistas fue tan arduo, porque el tema se centraba en el problema de la “acción”.

En el presente, la teoría general de los sistemas resuelve el problema de la acción afirmando que “en los sistemas sociales la acción se constituye por medio de la comunicación y de la atribución en una reducción de complejidad, como autosimplificación indispensable del sistema. En el nivel de la teoría general de sistemas se habla de una constitución ‘mutualista’ o ‘dialógica’. Con esto se quiere decir que la autorreferencia en el nivel de los procesos básicos sólo es posible cuando existen por los menos dos procesadores de información que se pueden referir uno al otro y por medio de uno y otro, a ellos mismos... Los sistemas consisten únicamente en acuerdos selectivos producidos por la acción combinada de estos procesadores, y la estructura de estos sistemas sólo tiene la función de posibilitar los cambios y reencuentros permanentes de tales acuerdos”²⁹³.

Este desplazamiento del concepto de acción da lugar a la “comunicación”, tal como JAKOBS abiertamente lo emplea en su sistema de imputación jurídico-penal, cuando expresa: “el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación”²⁹⁴.

Lo que parece un nuevo paradigma, esconde tras de sí una construcción cuyos “principios se fundamentan en la creación de un mundo de paradojas autorreferenciales apropiado para la emergencia de un nuevo tipo de inteligencia: la maquinal. El sujeto se transforma en un autómatas complaciente cuya base de datos, el cerebro, pasa a cumplir una tarea específica: proveer de la información necesaria para actuar adecuadamente en función del programa elegido... El ser humano, desprendido de su capacidad de juicio y sentido crítico, de su yo social, disuelve su existencia en un futuro borroso”²⁹⁵.

289. ROITMAN ROSENMAN, Marcos, *El pensamiento sistémico. Los orígenes del social-conformismo*, México, Siglo XXI, 2003, p. 106.

290. En la moderna teoría general de los sistemas opera un nuevo funcionalismo, superador del reduccionismo y mecanicismo reputados ambos de obsoletos.

291. *Op. cit.*, p. 10

292. “*La teoría general en la sociología. Conversación con un público norteamericano*”, pub. en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nro. 8, trad. Martín Laclau, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, ps. 190 y ss.

293. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales...*, p. 140

294. *Sociedad, norma y persona...*, p. 67.

295. ROITMAN ROSENMAN, *op. cit.*, p. 98.

8.3. Los conceptos globalizadores como equivalencia de sistematicidad

El uso de un concepto globalizador para el cumplimiento de los fines y funciones del derecho penal es el objetivo de las corrientes funcionalistas posmodernas. Que se haya utilizado el concepto de “imputación” para llevar a cabo esa misión no representa nada nuevo, puesto que el objetivo del funcionalismo sistémico moderno es erradicar todo concepto con connotación ontológica, como el concepto de “acción” o bien, el de “causalidad”.

La imputación es un concepto globalizador, carente de un contenido específico, pero dúctil y versátil en la composición de un sistema jurídico-penal a la medida de los modelos teóricos posmodernos.

En el presente trabajo, la “imputación” fue el tema central y, como bien se dijo en el comienzo no es un concepto tomado al azar que luego se intenta relacionar con un sistema dado; la imputación y más precisamente la denominada “imputación objetiva” sigue siendo un tema de amplia discusión en el ámbito de la doctrina jurídico-penal.

Quizás se le imprimió demasiada fuerza a la idea, que partió como un modo de atribución o endilgamiento de un resultado al tipo -a modo de segmentarizar el problema principal, cual es la “causalidad”-, para luego obtener un alcance desmedido y ambicioso, cuyo intento de constituir un sistema jurídico-penal propio se augura como beneficioso y revolucionario para el ámbito de la dogmática.

Pero esta “imputación” no puede ser el sistema, porque sólo es una pieza que conforma su mecanismo, guardando coherencia y homogeneidad con el resto de las piezas, haciendo del sistema “una conjunción ordenada de distintos bloques individuales estrechamente relacionados entre sí”²⁹⁶.

Interpretar al sistema como una teoría coordinada, articulada y comprensiva contribuye en gran medida a obtener por vías de un método racional soluciones claras y lógicas, además de brindar la seguridad requerida para el desarrollo de una verdadera ciencia penal.

Para trabajar de modo sistemático en la ciencia jurídico-penal se demanda el empleo de un método racional que se ocupe de los ámbitos problemáticos del derecho penal en toda su extensión; demandando por lo pronto, una necesidad de revisar aquellos postulados de la acción final y revitalizarlos para afrontar un presente cargado de nuevas realidades que incitan al verdadero debate, donde las cuestiones referentes al “ser de las cosas” vuelvan a incluirse en el discurso penal. Porque el retorno a las fuentes no significa la defensa del pensamiento penal de los años '50, volver a las fuentes significa reflexionar sobre una construcción dogmática que se intentó destruir siendo demasiado joven para percibir sus frutos maduros.

El finalismo como sistema cuenta con bases sólidas, y quizás fuera su enfrascamiento en la defensa de sus pilares ontológicos lo que le hiciera perder de vista las cuestiones referidas al “deber ser”, porque si bien es cierto que del “ser” no se puede construir todo el sistema de la dogmática jurídico-penal, también es muy cierto que de solo el “deber ser” tampoco. Pero los embates de las corrientes funcionalistas deseosas de reivindicar un sistema neokantista colapsado no permitirían una realización completa del sistema de la acción final.

En el presente se percibe la esterilidad de los postulados del neokantismo encubierto con su mejor disfraz: el de los sistemas tecnocráticos-funcionales, apreciándose como dirigen su energía a nutrir el debate sordo, ausente de los frutos esperados por muchos optimistas que ven frustradas sus expectativas, ya que sus obras están vacías de contenido, son vanas, conspirando contra un verdadero sistema coherentemente racional que brinde las soluciones esperadas por la praxis.

Por tanto, aquí toma importancia lo vertido por MORSELLI cuando apunta que “la tentación de caer, o dejarse envolver por un saco de oscurantismo, entregándose a la sugestión de fórmulas verbales sólo aparentemente nuevas, esta sutil tentación, en la solución de problemas jurídicos es perenne en el pensamiento dogmático. A lo sumo, se podría reconocer a estos enredos conceptuales el valor propio del arte de la dialéctica, que es seguramente un valor por sí mismo. Pero, hoy los tiempos van mutando, y se pide -y justamente se espera- que la doctrina que investiga sobre las normas reguladoras en materia penal, aspire a realizar su propia dignidad de ciencia y no a articular soluciones apoyadas en elaboraciones lógico-verbales”²⁹⁷.

III. A modo de conclusión

- 1) Hemos presentado a la “imputación” como un problema alojado dentro de lo que pretende ser un sistema jurídico-penal, pero no es el único. También se suele hablar del “problema de la acción”, el “problema de la causalidad”, el “problema de la culpabilidad”; con este panorama sólo se puede apreciar un mundo de “problemas” que embarga a la dogmática jurídico-penal actual; más nunca se habla

296. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación ...*, p. 43.

297. *Op.cit.*, pub. en <http://www.uclm.es/aidp/pdf>

de la “solución de la imputación”, la “solución de la acción”, la “solución de la causalidad”, o bien, la “solución de la culpabilidad”. Tal vez sea un panorama desolador el que se percibe en estos tiempos tildados de posmodernos.

De algún modo, en el presente trabajo se presentó el “problema de la imputación” como problema genérico íntimamente ligado al “problema de la acción” y al “problema de la causalidad, y esto es así, porque los vínculos atingenciales entre las categorías del sistema es una cuestión que no se puede obviar, un problema en una determinada categoría del sistema produce sus efectos en las demás categorías.

- 2) El mencionado “problema de la imputación” nos ha llevado a reexaminar la teoría de la imputación objetiva (desde el modelo clásico, ya que excedería en demasía el poder brindar un tratamiento abarcativo a sus numerosas derivaciones). Y en su re-descubrimiento por el funcionalismo teleológico apreciamos que la imputación objetiva surge como medio de solución a una vieja problemática, cual es la “causalidad”, pues, si esa era la idea, ¡Despertad! Comunidad jurídica, porque a través de los sistemas funcionalistas el problema de la “causalidad” no tuvo, no tiene, ni creo que alguna vez pueda llegar a tener solución alguna; pues, lo más factible es que se pretenda obviar tal problemática, como sucede con la temática referida a la “acción”, la que se declara “neutra” (ROXIN), o bien, se le otorga una significación normativa carente de todo elemento descriptivo (JAKOBS).

Consecuentemente, los llamados “criterios de imputación” no ofrecen solución alguna al problema de la causalidad porque sólo son “placebos” normativos, inconducentes para arrojar respuesta alguna de solución.

- 3) Cuando ROXIN “re-descubre” la imputación objetiva sólo nos ofrece el viejo sistema axiológico neokantista aplicado a una nueva realidad: el injusto personal.

De lo que se infiere el por qué la imputación objetiva presenta más dificultades que soluciones, debido a que éste tipo de eclecticismo presenta una dualidad de posiciones, pues desde una posición donde interpreta que la imputación objetiva viene a brindar un salvataje a la teoría final de la acción, la imputación objetiva se entiende como “criterios de imputación”, a modo de correctivos del sistema finalista. Ahora bien, desde otra postura la doctrina que parte de la vieja formación causalista-neokantiana ven en la imputación objetiva toda una “teoría” donde edificar un nuevo sistema jurídico-penal²⁹⁸.

No cabe la menor duda que la temática de la imputación objetiva es una cuestión que lejos está de llegar a una solución armónica; existen derivaciones de ella, como hemos observado en el presente trabajo, que no sólo afecta al tipo, sino que en algunos casos se atomizan en la teoría de la acción, cuando no, en la antijuridicidad. Criterios poco alentadores para llegar a principios universales aplicables a una generalidad de casos.

- 4) Por consiguiente, el querer enervar a la imputación objetiva como principio universal, siguiendo aquel viejo precepto devenido del racionalismo kantiano, abarcativo de todo supuesto dentro del sistema resulta ser un hecho poco probable, porque en realidad, la temática que embarga a la imputación objetiva está fundada estrictamente en el modismo de la tópica y no un sistema lógico-deductivo.

Definida la tópica como “un procedimiento especial de discusión de problemas, que se caracteriza por el empleo de ciertos puntos de vista, planteamientos y argumentos generales, aceptados como estables: justamente de ‘topoi’. Los *topoi* son punto de vista polifacéticos, aceptables en todas partes, que se usan en pro y en contra de lo que se opina y pueden conducir a lo verdadero...mientras el pensamiento sistemático-deductivo intenta aprehender esta conexión como comprensiva como un sistema global, como una conexión derivativa lógica, el pensamiento tópico no abandona el recinto señalado por el problema mismo: se instala continuamente en el problema y retorna a él. Las conexiones derivativas ‘tópicas’ sólo pueden ser, por ello, de ‘ámbito pequeño o muy pequeño; el pensamiento tópico no conduce a un sistema (global), sino, a una pluralidad de sistemas, sin demostrar su compatibilidad desde un sistema global”²⁹⁹.

En resumen, el método seguido por el funcionalismo (teológico o sistémico) se centra en la solución de una determinada constelación de casos, haciendo abstracción de toda regla general, lo que deviene en admitir que profundizar en el debate sordo y parcializado de un determinado tipo de casos hacen de la teoría del delito una materia de elevados niveles de abstracción sólo comprensibles por una *élite* de *doctos* que flaco favor le hace a la ciencia penal, si es que se comparte aquel viejo criterio (que no por viejo deba ser desechado) que establece que la buena ciencia penal (dogmática) es aquella que debe ser comprensible tanto por el maestro como por el alumno, y a la vez, no debe extraviarse

298. *Ibidem*, ps. 77 y 78.

299. LARENZ, *op. cit.*, p. 153.

o perderse en su tránsito de la teoría a la praxis.

5) En cuanto a los sistemas circulares, como el de JAKOBS, el método para el tratamiento de los problemas que se suscitan son similares al del funcionalismo teleológico de ROXIN, sólo que por su estructura estrictamente normativa, sumada a la sistémica subyacente que envuelve todo el sistema (sometiéndolo a un arbitrario decisionismo, que en nada se ajusta a la realidad, sino, que hace que el sistema la construya a ésta *per se*), propone un esquema dogmático conceptualmente cerrado, donde se fijan pautas abstractas aplicables en cualquier tipo de sociedad, desvinculándose de toda referencia a los valores últimos. De allí que se considere un modelo de "importación" que ejerce fuerte atracción e interés en los países hispano hablantes, sobre todo en Latinoamérica donde existe una mayor diferencia social respecto a la Europa continental, lo que produce que se mire con desconfianza la adaptación de un sistema "abierto" como el de ROXIN, receptivo de los constantes cambios sociales.

6) Ahora bien, ¿Por qué llegamos al funcionalismo como única opción para el desarrollo de una dogmática jurídico-penal sistemática?, la respuesta a dicha interrogante la hallamos en la simple "negación" del plano ontológico y no por una afirmación devenida racionalmente de la solución de problemas; pues negamos lo que no se quiere aceptar. La causal de la falta de aceptación es precisamente que estamos frente a un "problema" y resulta más fácil sortearlo con una negación que aceptarlo y buscar la solución adecuada al "problema".

Pero este tipo de método evasivo era el empleado por el neokantismo de antaño. Se declaraba la existencia de un "problema" en el sistema para luego privarlo de solución remitiéndonos al ámbito axiológico donde el "valor" dependerá de una determinada situación espacio-temporal de la cultura, sumergiendo de ese modo toda expectativa de solución a un relativismo cronológicamente errático. En el presente las pautas culturales de valoración se suplantaron por los criterios "político-criminales".

7) Las distracciones a las que someten al sistema jurídico-penal los mentores sistémicos del posmodernismo, como por ejemplo: el sistema abierto, el incardinado pensamiento dialógico de la tópica, el pensamiento complejo y su consecuente teoría general de los sistemas con sus paradojas autorreferenciales, son meros "disfraces carnavalescos", multicoloridos por cierto, pero que sólo buscan el "golpe de efecto", son muestras de un elocuente sensualismo inerte, vacío de proposiciones racionalmente serias enraizadas en férreos principios indubitables.

Hemos llegado a esta situación el día en que el neokantismo "reavivado" declaró la guerra al mundo del "ser", pero a ciencia cierta podemos afirmar que hasta el presente nunca se presenció una verdadera batalla, solo pequeñas escaramuzas sin consecuencias, debido a que la contraposición de los mundos, el del "ser" y el del "deber ser" sólo fue un recurso dialógico que hiciera refugiarse a la ciencia penal en el campo normológico, enfatizando una cerrada negativa a todo lo que pudiera provenir del otro mundo, el del "ser".

Aquí debemos entender que no se trata de una "guerra de los mundos", el funcionalismo nos hace retroceder algunos siglos en la historia, pero el hombre de leyes sabe muy bien que al refugiarnos en el mundo normológico poco es lo que se puede aportar a la sociedad (al juez, al abogado, al particular). Para poner al alcance de la sociedad ese mundo de normas necesitamos someternos a un proceso socializante.

El desconocer la realidad tal cual ésta se nos presenta equivale a la adopción de "constructos" falaces donde la realidad no es la que se nos presenta, sino, la que nosotros queremos que sea, y esto, ya es producto de un exacerbado y arbitrario decisionismo.

8) Por las razones expuestas concluimos haciendo esta crítica sobre la asistematicidad de los modelos jurídico-penales posmodernos. Pero si solo criticamos sin ofrecer solución alguna, el presente trabajo sería en vano.

En algún momento del presente (ver punto 8) contrapongo las fuentes del finalismo frente a las tendencias funcionalistas, y esto no es porque estamos imbuidos en una corriente tachada de "retro" por muchos de los autores que se autodenominan "progresistas", sino, porque lo que se discute en la posmodernidad son viejos problemas que ya se debatían en la primera mitad del siglo pasado, solo que en el presente se potencializa frente a nuevas realidades (ilícitos socio-económicos, ilícitos contra el medio ambiente, etc.).

Revitalizar dichas fuentes representa insuflar un nuevo aire a un sistema que brinda razones valederas

para la solución de los problemas que se le presenta a la dogmática posmoderna, cubriendo las nuevas necesidades sin recurrir a otros campos científico, sino, realizando los ajustes pertinentes dentro del sistema.

No aventamos una dogmática carente de actualidad, sino que propiciamos un sistema jurídico-penal basamentado en un neofinalismo adecuado al presente milenio.

Por último, sólo resta por decir que en estos tiempos catalogados de posmodernos sólo se palpa una asistematicidad en los modelos jurídico-penales que desemboca en la confusión reinante en toda la doctrina, cuya incipiente actividad no sobrepasa de los ámbitos académicos. Por consiguiente, tiene que quedar claro que cada complicación totalmente inútil puede poseer una validez sólo académica, aunque en la práctica sabido es que “todo lo que no es necesario no debe ser multiplicado”³⁰⁰.

IV. Bibliografía

- ABRALDES, Sandro F., “*La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido*”, pub. en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Buenos Aires- Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, ps. 313/351; “*Lineamientos dogmáticos sobre la tipicidad imprudente en España*”, pub. en Rev. de Derecho Penal 2002-2, Delitos culposos – II, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2003, ps
- ALEXANDER, Jeffrey C., *Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial*, trad. Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 2000;
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal- Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1998;
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998;
- BUCKLEY, Walter, *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*, trad. Anibal C. Leal, Buenos Aires, Amorrortu, 1993;
- BUNGE, Mario, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Sud-americana, 1997;
- BURKHARDT, Björn, “*Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo*”, pub. en El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, trad. Nuria Pastor Muñoz, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, ps. 153/192;
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “*La imputación objetiva*”, pub. en Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, ps. 211/217;
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bogotá/Barcelona, Universidad Externado de Colombia/J.M. Bosch, 2001;
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal – Parte General, Vol. I*, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Témis, 1956;
- CASTALDO, Andrea Raffaele, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, trad. Antonio Bonanno, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2004;
- CERZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal T.II*, Madrid, Técnos, 1998, “*La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*”, pub. en Temas fundamentales del Derecho Penal, T. I, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, ps. 39/63; “*El finalismo hoy*”, pub. en Temas fundamentales del Derecho Penal, T. I, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, ps. 381/397; “*Conversaciones*”, pub. en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2001, <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc-03-c3.html>;
- CESANO, José Daniel, *La Política criminal y la emergencia. Entre simbolismo y el resurgimiento punitivo*, Córdoba, Mediterránea, 2004;
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, “*Imputación normativa del resultado a la conducta*”, pub. en La imputación normativa del resultado a la conducta, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004;
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal – Parte General, T.I, Fundamentos. Teoría de la ley penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006;
- FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá, J M Bosch – Universidad Externado de Colombia, 2003;
- FLAX, Javier, *La democracia atrapada. Una crítica al decisionismo*, Buenos Aires, Biblos, 2004;

300. *Ibidem*.

- FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo blanch, 1997;
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004;
- GARCÍAAMADO, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997;
- GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005;
- GIL GIL, Alicia, “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”, pub. en Rev. de Derecho Penal 2002-1, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, ps.29/53;
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Qué es la imputación objetiva?*, pub. en Estudios de Derecho Penal, 3ª edición, Madrid, Técnos, 1990;
- GUIBOURG, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987;
- HABERMAS, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. Ramón Vilá Vernis, Buenos Aires, Paidós, 2004;
- HEGEL, Georg W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. Juan Luis Vermal, Buenos Aires, Sudamericana, 2004;
- HERZOG, Félix, “Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo”, trad. Enrique Anarte Borrallo, pub. en Rev. Penal Nro. 4, año 1999, Barcelona, Praxis, ps. 54/57;
- HIRSCH, Hans Joachim, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la Ciencia Penal alemana*, trad. Carlos J. Suárez González, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993; “Acercar de la teoría de la imputación objetiva”, pub. en Derecho Penal - Obras Completas -Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999; “Adecuación social y teoría del injusto”, pub. en Derecho Penal - Obras Completas -Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003; “Los conceptos de desvalor de la acción y desvalor del resultado o sobre el estado de cosas”, trad. Eduardo Demetrio Crespo, pub. en Derecho Penal – Obras Completas T. III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003;
- HRUSCHKA, Joachim, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, trad. Pablo Sánchez Ostiz, Córdoba, Mediterránea, 2003; *La imputación ordinaria y extraordinaria en Puffendorf*, trad. Nuria Pastor Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006;
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal- Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997; “Sistema de imputación jurídico-penal”, pub. en Problemas capitales del Derecho Penal moderno, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, ps. 33/55; *El concepto jurídico penal de la acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, México, Ángel, 2002; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996; *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2001;
- JAMESON, Fredric, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, trad. José Luis Pardo Torío, Barcelona, Paidós, 1991;
- JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho Penal- Parte General*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª edición, Granada, Comares, 1993;
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts, 4ª edición, Madrid, Técnos, 2005; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Libertador, 2004;
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 4ª ed., trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2005;
- KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia– Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996;
- LACLAU, Martín, “Norma, deber ser y orden jurídico en Hans Kelsen”, pub. en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nro. 5, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, ps. 9/43;
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994;
- LASCANO(h), Carlos Julio, *Derecho Penal - Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005;
- LESCH, Heiko Hartmut, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. de Ramón Ragués i Vallé, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001;
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Barcelona, Anthropos, 1998; “La teoría general en la sociología. Conversación con

- un público norteamericano*", pub. en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nro. 8, trad. Martín Laclau, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, ps. 187/202;
- MAIWALD, Manfred, *De la capacidad de rendimiento del concepto de 'riesgo permitido' para la sistemática del derecho penal*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996;
 - MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, *Derecho Penal – Parte General T.I*, trad. Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gisbson, Buenos Aires, Astrea, 1994;
 - MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte General*, 5ª edición, Barcelona, Reppertor, 1998; *Estado, pena y delito*, Buenos Aires/Montevideo, B de f, 2006;
 - MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal", pub. en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Buenos Aires- Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, ps. 171-221;
 - MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, trad. Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 1995;
 - MORSELLI, Elio, "Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva", pub. en <http://www.uclm.es/aidp/pdf>
 - MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2001; *Derecho Penal y Control social*, Bogotá, Témis, 2004;
 - NINO, Carlos S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987;
 - NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, trad. Leonardo Germán Brond, Buenos Aires, Astrea, 2006;
 - PIÑERO, José Ricardo, *Derecho Penal - Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005, ps. 239/257;
 - RADBRUCH, Gustav, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1961;
 - REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 3ª edición, Bogota, Temis, 2005;
 - RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*, Granada, Comares, 2004;
 - ROITMAN ROSENMAN, Marcos, *El pensamiento sistémico. Los orígenes del social-conformismo*, México, Siglo XXI, 2003
 - ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976; *Derecho Penal -Parte General T.I*, trad. de la 2a. edición alemana por Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997; *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2002;
 - RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. por Claudia López Díaz, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998;
 - RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bogotá/Barcelona, Universidad Externado de Colombia/J.M. Bosch, 2002;
 - RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, 3ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004;
 - SACHER DE KÖSTER, Mariana, *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998;
 - SAGÜES, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978;
 - SANCINETTI, Marcelo A., "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", pub. en Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998; *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997;
 - SCHÜNEMANN, Bernd, "Consideraciones sobre la imputación objetiva", pub. en Teorías actuales en el Derecho Penal, trad. Mariana Sacher de Köster, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, ps. 219/248; "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", trad. Manuel Cáncio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998;
 - SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998; "Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito", pub. en El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, ps. 15/29;
 - SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004;
 - STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal-Parte General, I. El hecho punible*, trad. Gladis Nancy Romero, Buenos Aires, Fabián Di Plácido, 1999
 - STRUENSEE, Eberhard, "Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo", pub. en El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún, trad. Fabrizio Guariglia, Buenos Aires, Del Puerto, 1995;

- TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, trad. Carlos Gómez-Jara Díez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005;
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991;
- VIGO, Rodolfo, "La axiología jurídica de Gustav Radbruch", pub. en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nro. 19, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, ps. 127/148;
- WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, trad. Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2002; *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, trad. Felipe González Vicen, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2005; *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción final*, trad. José Cerezo Mir, Buenos Aires-Montevideo, B de f, 2001;
- WOLF, Eric, *Las categorías de la tipicidad*, trad. María del Mar Carrasco Andrino, Valencia, Tirant lo blanch, 2005;
- ZACZYK, Rainer, *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*, trad. Jorge Fernando Perdomo Torres y María del Rosario Picasso, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana. Perspectivas – Disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro/ SKOLAR, Alejandro, *Derecho Penal - Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002;
- ZANNONI, Eduardo A., *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980.