

LIMITES Y HORIZONTES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA¹

*Nicolás Schiavo*²

Desde que en los años treinta *Larenz* y *Honig* desarrollaran el embrión de los conceptos superadores de la teoría de la relevancia de las condiciones, mucho se ha escrito en la búsqueda de criterios normativos que eliminasen el naturalismo propio de las teorías causales que unían la acción con el resultado en el marco de la tipicidad. De esta forma se ha calificado a la “teoría” de la imputación objetiva (aparente producto final de este camino) como “la teoría de la adecuación continuada o como teoría de la relevancia desarrollada”.³

La pretenciosa sentencia pronunciada por *Frisch*, no está exenta de numerosas críticas sobre los postulados mismos que conforman el núcleo de la “teoría de la imputación objetiva”. Particularmente por los partidarios de la teoría final de la acción, quienes no pudieron disfrutar su efímero triunfo sobre la teoría causal, que pronto debieron embarcarse en la actual discusión entre teoría final de la acción e imputación objetiva.

Partiendo aquí desde una posición subjetivo monista de ilícito,⁴ se pretende reafirmar que la nueva escuela de *Bonn*,⁵ partidaria de la teoría de la imputación objetiva, ha desarrollado en todo caso nuevos fundamentos que reafirman los postulados establecidos por la vieja escuela de *Bonn*.⁶

a) La imputación objetiva como teoría y su límite

En el marco de la discusión entablada entre los partidarios de la “teoría de la imputación objetiva” y los defensores de la “teoría final de la acción”, éstos últimos han sistemáticamente negado el carácter de “teoría” a la imputación objetiva, reduciendo sus postulados a un sin número anárquico de soluciones a cierta gama de casos, explicando así también las notorias diferencias de contenidos entre los mismos partidarios de la “imputación objetiva”⁷.

¹ El presente trabajo tiene como base el que fue presentado en el postgrado de la Universidad de Buenos Aires, en la materia Teoría del delito y de la pena, dictada en el año 2002 por el **Dr. Maximiliano Rusconi**, mereciendo la calificación de diez, sobresaliente.

² Abogado, U.B.A., integrante de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires del **Dr. Dr. Marcelo A. Sancinetti**.

³ **Wolfgang Frisch**, Tipo penal e imputación objetiva, Ed. Colex, Madrid 1995, p. 26. En sentido similar se define la investigación de **Manuel Cancio Meliá**, Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.65 ss.

⁴ Particularmente comprometida con las enseñanzas dadas por **Marcelo A Sancinetti**, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Ed. Temis, Bogotá, 1995.

⁵ Dominada la presente por las investigaciones desarrolladas por **Günter Jakobs**, La imputación objetiva en derecho penal, Trad. de **Manuel Cancio Meliá** Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

⁶ En particular la establecida por las investigaciones de **Armin Kaufmann** y su discípulo E. **Struensee**.

⁷ **Armin Kaufman** ¿Atribución objetiva en el delito doloso?, Trad. **Cuello Contreras**, en ADPCP ,1985, p.807 y ss.

En este punto es útil traer de la memoria un vieja cita puesta en boca de *Abul Hassan Ali*⁸, en la famosa novela de *Malba Tahan*⁹. En la misma, el primero, dirigiéndose a *Beremiz Samir*,¹⁰ le indica que :*"Una colección de hechos está tan lejos de ser una ciencia como un montón de piedras de ser una casa. Puedo afirmar igualmente que las sabias combinaciones de hechos inexactos o de hechos que no fueron comprobados al menos en sus consecuencias, se encuentran tan lejos de formar una ciencia como se encuentra el espejismo de sustituir en el desierto a la presencia real de un oasis. La ciencia debe observar los hechos y deducir de ellos leyes. Con auxilio de esas leyes se pueden prever otros hechos o mejorar las condiciones materiales de la vida."*

Desde esta perspectiva, resulta difícil que la imputación objetiva pueda alcanzar el status de "teoría", en la medida que no pueda configurar un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas, y se siga presentando como un conjunto de diversos principios delimitadores de la tipicidad de la conducta punible.¹¹

Sin perjuicio de ello, existe una parte del conjunto que, aunque no exento de críticas, presenta un notorio contraste en su desarrollo y que eventualmente podría ser presentado como un conjunto "teórico" de la imputación objetiva. Me refiero con ello, al primer nivel de la "imputación objetiva", es decir "la imputación del comportamiento".¹² Para destacar tal diferencia se expondrán los principios que componen este primer nivel de imputación, sus críticas y respuestas.

1) la imputación del comportamiento (riesgo jurídicamente reprobado)

Quien se aproxima al estudio de la llamada "teoría" de la imputación objetiva, se siente tentado a solucionar todos los problemas dogmáticos dentro de los sencillos postulados mediante los cuales se la presenta.¹³

Pero luego puede ir advirtiendo que esa ilusión solo puede ser alcanzada en base a los genéricos postulados que la componen: "*Haber generado un riesgo jurídicamente desaprobado*" y que "*ese riesgo haya sido causante del resultado*".¹⁴

⁸ Literato y astrólogo, natural de Alcalá la Real (Jaén) (1200-1280).

⁹ El Hombre que Calculaba, Ed. Club de Lectores de Puerto Rico, San Juan – Puerto Rico 1978, p.148.

¹⁰ Personaje que interpreta al "hombre que calculaba".

¹¹ E. **Struensee**, Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo penal, en El derecho penal hoy, Homenaje al **Prof. David Baigún**. Buenos Aires, 1995 (Traducción de Fabrizio Guariglia), p. 251.

¹² En tal sentido, Un nuevo sistema del Derecho Penal. **Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suarez Gonzalez y Manuel Cancio Meliá**. Ed. Grijley, Madrid, p.96.

¹³ No sin razón, y en tono jocoso, **Marcelo A. Sancinetti** expone: " Cuando el lector desprevenido comienza a leer la interesante exposición del conjunto que el Prof. Günter Jakobs escribió sobre imputación objetiva, particularmente para sus primeras conferencias en Colombia en este mismo recinto, puede tener la ilusión de que la teoría de la imputación objetiva le permitirá resolver de modo revolucionario el caso trágico de la condena de Dios a la desobediencia de Adán, Eva y la serpiente". Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal. Ed. Ad Hoc., Buenos Aires, 1997, p.85..

¹⁴ **Enrique Bacigalupo**, Estudios de Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Lo problemático es, en todo caso, ¿Cuándo una conducta ha generado un “riesgo jurídicamente” desaprobado?, lo que constituye el contenido de la primera categoría, presentada como “la imputación del comportamiento”, se torna confuso cuando hay que determinar los elementos que la integran.

El Profesor *Günter Jakobs*, propuso en dos ponencias¹⁵, tres preposiciones para dar contenido a la denominada “imputación del comportamiento”.

a) La primera preposición resalta el respeto de la libertad de acción de cada persona dentro de los contactos sociales, la misma fundamenta la libertad de actuación, lo cual pre-define que una conducta será ilícita cuando este más allá de ese “riesgo permitido”.¹⁶

b) La segunda preposición destaca que las demás personas son responsables, razón por la cual en dicho contacto social cabe confiar en su correcta configuración de conducta, lo cual define el “principio de confianza”.

c) En una tercera proposición, se formula que una comunidad de comportamientos es siempre limitada. Por lo tanto si otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendiera a la conducta incorrecta, caso contrario queda excluida la responsabilidad del primero “prohibición de regreso”¹⁷.

Estas concreciones pueden funcionar como puente que restablezca la confianza perdida por la indeterminación de los primeros postulados. Así uno tiene la impresión que camina por tierra firme, pero lamentablemente la seguridad se desvanece nuevamente a poco de adentrarse en su sendero.

La primera objeción que puede advertirse proviene de la difusa distinción existente entre el mundo de lo “objetivo” y lo “subjetivo” para definir el marco del “riesgo permitido”. En palabras de *Santiago Mir Puig*: “La expresión “imputación objetiva” se distingue de la expresión “imputación subjetiva” en referirse a algo objetivo y no subjetivo, pero no aclara suficientemente el alcance de lo objetivo a que se refiere”.¹⁸

Pues poco aporta una “teoría” que se presenta como objetiva si formula el grado de preponderancia del riesgo de determinado comportamiento con los conocimientos que posee el autor que lo genera. Para ponerlo en palabras de *Marcelo A Sancinetti*: “¿debe incluirse en la base de apreciación del riesgo los conocimientos particulares del autor, eventualmente superiores a los de la generalidad?”

¹⁵ “La imputación Objetiva en Derecho Penal” (Traducción de **Manuel Cancio Meliá**), expuesta en la Universidad Externado Colombia, y publicada en nuestro medio por Ed. Ad-Hoc. Posteriormente en “Problemas capitales del derecho penal moderno” (Libro homenaje a Hans Welzel), Conferencia expuesta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Noroeste., Traducida por **Javier Sánchez Vera Gomez Trelles** (Universidad de Bonn), bajo el título “Imputación jurídico penal”. Ed. Hammurabi, 1996, p 33 y ss.

¹⁶ Por todos **Blanca Mendoza Buergo**, El derecho penal en la Sociedad del riesgo. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

¹⁷ **Günther Jakobs**, Imputación jurídico penal, ob.cit. pp 43.

¹⁸ **Santiago Mir Puig**, “Significado y Alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Homenaje a Claus Roxin, p.73.

“,¹⁹ quien luego agrega *“Si el autor concreto posee conocimientos especiales que hacen razonable la aceptación de un riesgo reprobado, entonces, para él decae el riesgo objetivamente permitido. Ahora, debería resultar al menos curioso que una teoría se pretenda a sí misma como furibundamente objetiva al determinar los límites de la tipicidad, cuando lo hace bajo la condición resolutoria, subjetiva de un conocimiento superior, distinto del autor individual”*.²⁰

Esta impugnación, proveniente del campo del finalismo a la teoría de la imputación objetiva,²¹ ha merecido como respuesta por parte de *Jakobs* una solución de “compromiso” (presentada como coherente por sus discípulos),²² definiendo al “sujeto” de forma normativa a través de rol social que debe cumplir, interpretando así de modo objetivo general la comunicación del comportamiento del sujeto que posee dicho rol.²³ De esta forma, y según su decir, lo decisivo es definir al sujeto que actúa en sociedad (rol), pues esta definición ofrecerá las pautas para interpretar de manera objetiva cuales de sus conocimientos son relevantes en la imputación.²⁴ Es conocido al respecto el ejemplo de *Jakobs* sobre el “mozo”, estudiante de “biología” que advierte en la ensalada un componente venenoso, pero de todas formas sirve la ensalada al comensal. La solución a la que arriba el autor citado, dentro de la teoría del “rol”, es que el comportamiento se ha desarrollado dentro del marco del “riesgo permitido” pues “no ha quebrantado el rol en el que se mueve”.²⁵

Esta solución “objetiviza” el conocimiento (aspecto subjetivo) de quien realiza el hecho, y lo excluye por superfluo, pues no se encuentra exigido por el “rol” que motiva ese comportamiento.

Con cierta razón se han levantado críticas a tal postulado, pues no solo compartimenta los roles sociales, sino que define de forma estrecha el “riesgo” por el cual es competente quien tiene el dominio del hecho. Sobre lo primero se ha dicho: *“Esto es así porque los roles son banales en abstracto pero siempre se asumen en circunstancias concretas, y en éstas pueden no ser inocuos. Pero lo que sustancialmente pasa por alto esta tesis es que cuando el agente asume el dominio del*

¹⁹ **Marcelo A Sancinetti**, *Estudios Sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ed. Ad. Hoc., Buenos Aires, 1997, P.49.

²⁰ idem nota 17 pg. 51.

²¹ En particular **Hans Joachim Hirsch** y de su discípulo **Küpper** (véase en Frishc ob. Cit. pg. 63 y ss.).

²² E. **Contreras P.Ramos, C.S.Gonzalez y M.C. Meliá**, ob. Cit. pg. 98.

²³ **Günther Jakobs**, *Representación del Autor e imputación objetiva*, en *Estudios de Derecho Penal* Ed. UAM, Madrid, p 49 y ss.

²⁴ En palabras del autor :“ Partiendo de esta situación, es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho, como personas”. *Günter Jakobs*, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* Ed. Cuadernos Cívitas, p. 53.

²⁵ *Günter Jakobs*, “imputación objetiva en derecho penal” ob. Cit. pp 63.

*hecho de un injusto penal, cambia su rol. Los roles de buen camarero, de buen capataz, de buen vecino o de buen policía, saltan en pedazos cuando, por efecto de asumir el dominio del hecho, el agente asume el rol de homicida o de terrorista.”*²⁶

En cuanto a lo segundo, es decir “la estrecha definición del rol”, también puede ser apreciada modificando las bases del ejemplo dado, pues el camarero no se limita a “servir” los alimentos a los comensales, sino a “servir alimentos aptos para el consumo humano”. Si al llevar el pedido advirtiera que el mismo se encuentra en un estado de evidente putrefacción, no podría servir el plato, de la misma forma que no podría hacerlo si fuera advertido por una tercera persona respecto de que la ensalada contiene un producto venenoso (similar a advertirlo por conocimientos especiales propios).²⁷

En todo caso en el mundo objetivo el camarero ha servido un alimento no apto para el consumo humano, y desde esa perspectiva ha quebrantado su “rol” consistente en suministrar alimentos aptos para el consumo, pues la norma de “no servir alimentos contaminados” existe como tal.²⁸ La diferencia por lo tanto será “subjetiva”, excluyéndose la tipicidad por un desconocimiento sobre la existencia de un elemento contaminado.²⁹ Esta precaria frontera entre el mundo objetivo y subjetivo puede evidenciarse con otro ejemplo, sobre el cual no existen mayores divergencias entre los partidarios de la “teoría” de la imputación objetiva, representado por el conocido caso de quien manda a otro a viajar en avión, con la esperanza de que en el mismo haya una bomba que al estallar le provoque la muerte. En este caso es unánime la respuesta que determina la actuación del primer sujeto dentro del riesgo permitido, pues se dice que viajar en avión es un riesgo propio de la vida social. Lo particular del caso, es que si el primer sujeto conocía efectivamente que existía una bomba en el avión, las mismas voces ahora exponen que éste creó un “riesgo prohibido”.³⁰ Este caso resulta extraño dentro de la explicación que dan los partidarios de la imputación objetiva, pues si viajar en “avión” es un riesgo propio de la vida social, también deberá serlo el mandar a una persona a “viajar

²⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar 1ª Edición, Buenos Aires 2000 p.454.

²⁷ Uno podría imaginar innumerables supuestos de conocimientos especiales que determinasen la obligación del camarero de no entregar el plato. Por ejemplo, si el mozo está esperando el plato y advierte que dentro del mismo se cae un veneno, estando el cocinero de espaldas sin poder advertir tal circunstancia, razón por la cual finalmente entrega al mozo el plato como si el mismo estuviera apto para el consumo. En una discusión entablada en el Seminario de la Universitat de Pompeu Fabra, se trabó similar litigio entre Günter Jakobs y Bernd Schünemann, expresando este último que “Ciertamente, el proceso de estandarización es muy importante, pues influye sobre los deberes de información que tienen los sujetos en una relación social. Ningún jugador de rugby tiene que preocuparse de informarse sobre si un jugador del equipo contrario es hemofílico. Pero si resulta que lo es, y el contrincante lo sabe, entonces opera el principio *neminem laede* y no podría extraerse de un concepto comunicativo de la sociedad la idea de que éste puede lesionar a aquél mediante un golpe”. Bernd Schünemann, Sobre el estado de la teoría del delito. Cuadernos Civitas. p.187.

²⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Derecho Penal, Parte General ob cit pg 453.

²⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Derecho Penal, Parte General ob cit pg 453

³⁰ Jesús María Silva Sánchez, Aproximación al derecho penal contemporáneo. Ed. Bosh Editor, Madrid, pp 403 y ss.

en avión" (con independencia de sus conocimientos especiales). Pero si estos conocimientos especiales (la real colocación de una bomba), determinasen que se actúa dentro del marco del "riesgo prohibido", algo falla en la solución del primer caso, pues lo objetivo se ha mantenido inalterado (avión con una bomba en su interior). En realidad en ambos casos se trata de riesgos "prohibidos", pues objetivamente es un riesgo prohibido mandar a alguien a viajar en un avión donde se ha colocado una bomba, lo que fallará es la imputación subjetiva si el primer agente desconoce la existencia del artefacto explosivo, lo cual queda demostrado por la completa imputación en el caso de conocer la existencia de dicho mecanismo.³¹

Otro caso que llama la atención se encuentra constituido por la llamada "conducta de la víctima" sobre sus ámbitos de responsabilidad en actividades arriesgadas. Aquí se ha argumentado que los conocimientos existentes del autor y de la víctima, en realidad conjugan objetivamente un elemento denominado "actuación conjunta".³²

Lo particular de caso es que en la medida que los conocimientos del autor sean superiores a los de la víctima existirá la imputación, la cual decaerá cuando el mismo sea superado por el que posee la víctima.³³ Esto demuestra lo endeble de dicha teoría, y de la confusa solución de "objetivar" lo "subjetivo".³⁴ Ciertamente este "tipo subjetivo de la víctima" constituirá un elemento negativo del "tipo objetivo del autor", pero solamente podrá evidenciarse su importancia cuando se refleje en el tipo subjetivo del autor. Para ponerlo en palabras del Prof. Marcelo A. Sancinetti ³⁵: "Es decir, que si el autor sabe (o cree) que la víctima conocía (al

³¹ sobre tal solución: " No es propiamente que en este caso se revoque la permisión de un mismo riesgo objetivo por el conocimiento de más circunstancias. Lo correcto es formularlo de este otro modo: la circunstancia "bomba en el avión", unida al riesgo ubicuo "viaje en avión", hace que ya no se trate para nada del mismo riesgo; justamente no sería más un riesgo ubicuo. En estos casos, por lo tanto, el carácter "objetivo" del problema está formulado de modo que induce a malentendidos; la mera norma "no enviarás a otro a viajar en avión" no existe; la norma, más elaborado " no enviarás a otro a viajar en avión en el que estallará una bomba" si existe, identifica un riesgo reprobado ... Los objetivistas tradicionales se espantan de todos modos con la construcción de esta norma "refinada", porque ocurre entonces que siempre que una bomba estallara en un avión, todos los causantes del viaje de cada persona muerta "realizarán el tipo objetivo" del delito de homicidio, y sólo les faltará el dolo (y la imprudencia) Ciertamente que sí, sólo faltaría el tipo subjetivo; y esto lo demuestra justamente el hecho de que si el autor supiera de la existencia de la bomba no faltaría nada, habría imputación objetiva y dolo". **Marcelo A Sancinetti**, Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, ob. Cit. p. 107/8.

³² **Manuel Cancio Meliá**, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, Ed. Bosh, Madrid, p 288 y ss.

³³ El respecto ésta ha sido la justificación dada por el BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Suprema Alemán), en la solución del caso de la "jeringuilla" (BGH St 32 pp 262 a 267). En este caso el acusado había hecho entrega de una jeringuilla a otro sujeto drogadicto que no podía conseguirla por sí, pues era conocida su reputación de drogadicto. Ambos sujetos se inyectan la droga perdiendo el conocimiento, falleciendo aquél que no podía conseguir las jeringuillas. Aquí el BGH dijo, para absolver por homicidio al imputado: "la punibilidad puede comenzar en estos supuestos a partir del momento en el que el partícipe aprehende mejor que quien se pone a sí mismo en peligro, por disponer de conocimientos superiores en la materia; sin embargo, no concurren en el caso indicios que eso fuera así".

³⁴ Lo cual no empece la muy documentada y desarrollada obra del autor antes citado en su tesis doctoral.

³⁵ En el caso de relaciones sexuales arriesgadas, y posibilidad del contagio del HIV

menos) su modo arriesgado de comportamiento sexual actúa sin dolo, en caso contrario, realiza el ilícito, cualquiera que sea la situación real en la cabeza de la víctima".³⁶

2) La importancia de establecer el "riesgo prohibido" (incluso para un subjetivista)

De todas formas, para quien se reconozca subjetivista, establecer el "riesgo prohibido", en el marco del tipo objetivo tiene una inestimable importancia, pues el "dolo" (aspecto subjetivo de la tipicidad), no será otra cosa que el reflejo del conocimiento que tiene el autor sobre el tipo objetivo. Desde esta posición la teoría de la imputación objetiva, al menos en su primer estrato (y sólo en él), tiene la importancia de reducir el marco de lo prohibido, que siempre estará definido por el "dolo".³⁷ Esta función es la denominada "*normativamente constitutiva*", que es justamente la de ser el marco de referencia del tipo subjetivo: "y sólo en este sentido y en esta función el tipo objetivo es previo al tipo subjetivo".³⁸

Para ello será necesario resolver el malentendido existente en la discusión entre finalistas y partidarios de la teoría de la imputación objetiva, y delimitar que es aquello subjetivo que se requiere en el aspecto objetivo, y que no.

Esto puede hacerse tomando como guía, una vez más, la investigación realizada por *Prof. Marcelo A Sancinetti*,³⁹ que centra su objeto de estudio entre las relaciones existentes en teoría de la imputación objetiva y la teoría final de la acción desde una concepción subjetivista.

En los ejemplos antes dados, y en la discusión levantada en torno a ellos, se ha asumido sin distinciones al respecto (por los partidarios de ambas teorías), que las "representaciones del autor" son siempre iguales en todos y cada uno de los casos, lo cual es justamente el error que lleva a los malentendidos.

En un caso se trata de "conocimientos" de los elementos del tipo (aspecto subjetivo), mientras que en el otro caso se trata de "conocimientos" del significado normativo (aspecto objetivo), es decir una diferencia entre error de tipo y error de prohibición, para dejarlo en claro con un ejemplo dado por el

³⁶ **Marcelo A Sancinetti**, Subjetivismo e imputación objetiva, ob. Cit. p. 133. A ello **Cancio Melía** ha tenido oportunidad de contestar (en conducta de la víctima e imputación objetiva ob cit. pp 288/9 nota 162), que en realidad ello debe ser resuelto dentro de la llamada "organización conjunta", que aunque ciertamente la víctima debe conocer "algo" ello no tiene relación alguna con el problema de imputación. Evidentemente esta respuesta sería loable, si fuera un tanto más consistente la confusa construcción de la denominada "organización conjunta". Pues por esta vía todo conocimiento subjetivo puede ser objetivado. Lamentablemente la solución del segundo autor no puede ser adoptada, pues deja demasiadas cosas en el tintero.

³⁷ Incluso en el marco de la imprudencia, como conocimiento del "síndrome de riesgo". Al respecto, **Marcelo A Sancinetti**, Disvalor de la acción y disvalor del resultado en el concepto del ilícito, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991. Desde otra perspectiva, pero arribando a idénticas posiciones **Zielinski**, Disvalor de la acción y disvalor del resultado, Ed. Hammurabi, Trad. **Marcelo A Sancinetti**, Buenos Aires, 1990.

³⁸ **Marcelo A Sancinetti**. Subjetivismo e imputación objetiva. Ob. Cit. pp 123.

³⁹ **Marcelo A Sancinetti**. Subjetivismo e imputación objetiva. Ob. Cit 34.

autor antes citado : *"Si en una representación teatral, el cuchillo especialmente preparado para que la hoja se retraiga hacia el mango se traba por una falla, causal o provocada, para sorpresa del actor, la falta de conciencia suya de estar justamente "clavándole a otro en el vientre un cuchillo de grandes proporciones" impide definir el hecho como quebrantamiento de la norma que prohíbe el homicidio",*⁴⁰ falta aquí la tipicidad objetiva. Por el contrario si el "actor" conoce la falla, por conocimientos especiales que ha adquirido (sin importar la forma en que los adquirió), su conocimiento de "estar clavando en el vientre un cuchillo de grandes proporciones" determina su actuación dentro del marco del "riesgo prohibido".

En estos casos los componentes subjetivos podrían coincidir (y ello ocurre en muchos casos), pero no necesariamente deben hacerlo. Lo cual puede no suceder si el actor tiene buenas razones para desconfiar de los conocimientos especiales que ha adquirido. Ejemplo: Porque la falla del mecanismo le fue advertida por una persona bromista (déficit de conocimiento que se materializará en el aspecto subjetivo).

Esta distinción de "conocimientos" trae consigo aparejada una consecuencia en la intensidad del "riesgo prohibido", que termina definiendo si el hecho puede ser imputado a título de imprudencia o de dolo. Continuando con el ejemplo anteriormente dado en el caso del actor, supongamos que el actor efectivamente buscaba con su acción la muerte del otro compañero, fundado en celos profesionales (y desconociendo la falla en el mecanismo), y solamente tenía la esperanza de que la hoja no se retrajera. Este hecho "objetivamente" ya no puede fundar una acción dolosa, pues la acción no es objetivamente la de "clavar un cuchillo en el vientre de una persona", sino que esta definida como propia de un riesgo de la vida social (la falla en un mecanismo de un cuchillo de utilería). Y esto sería así, aunque finalmente el mecanismo efectivamente fallara y le diera muerte al otro actor, pues la concreción de ese riesgo no puede ser perseguido objetivamente por ese medio,⁴¹ pues para el riesgo objetivo del hecho doloso hace falta un "modelo razonable para perseguir la producción del resultado".⁴²

Con esto se pone de manifiesto que la distinción entre dolo e imprudencia ocurre en el tipo objetivo, y no depende de un dato especial de tipo subjetivo, pues desde esta segunda posición sólo hace falta la representación del riesgo objetivamente generado, pero "del riesgo característico de ese tipo".⁴³

Para expresarlo en palabras del autor analizado :*"En el caso del tipo doloso, hace falta que el suceso pueda ser descripto objetivamente como molde apto para perseguir el resultado, aunque de hecho el autor sólo asuma el riesgo de mala gana, es decir, sin intención".*⁴⁴

⁴⁰ Marcelo A Sancinetti, Subjetivismo e imputación objetiva. p 131.

⁴¹ Marcelo A Sancinetti, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p. 63.

⁴² Marcelo A Sancinetti, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p 61.

⁴³ Marcelo A Sancinetti, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p 60.

⁴⁴ Marcelo A Sancinetti, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p 60.

Por el contrario si el actor del ejemplo analizado, no contaba con los conocimientos especiales que le pudieran suministrar los datos necesarios para saber sobre la falla del mecanismo, pero tenía “buenas razones” para sospechar que la misma podría existir (pues quien preparó el mecanismo era una persona inexperta y poco profesional), “objetivamente” este conocimiento (el dirigido a la persona que preparó el cuchillo), resulta suficiente para tener por “objetivamente” realizado el tipo objetivo culposo, pues para ello es suficiente “con que el autor afronte un riesgo que sería razonable evitar”.⁴⁵

Con esto bien puede decirse que no hay un riesgo uniformemente reprobado para el dolo y para la imprudencia, sino que la distinción entre dolo e imprudencia ocurre ya en la imputación objetiva del comportamiento, dentro de la definición del “riesgo prohibido”, que obviamente se integra con los conocimientos sobre su significado normativo (“riesgo clavar un cuchillo en el vientre” o “clavar un cuchillo de utilería sobre el que cabe tener buenas razones para sospechar justamente de que funcione como cuchillo de utilería”).

Por supuesto que esta consecuencia no es aceptada por *Jakobs*, para quien la “imprudencia” sigue siendo un caso de “error” (en todos los caos), donde la representación y la realidad no se corresponden⁴⁶. Pero esta posición sólo puede ser alcanzada dejando de lado las contradicciones que muestra su posición en el análisis de los casos concretos.

Como una de ellas puede exponerse la responsabilidad que atribuye al autor del hecho por los riesgos de salvamento ocasionados con motivo del riesgo generado. Quien dispara con un arma de fuego a otra persona, genera un “riesgo prohibido” propio de un hecho doloso de homicidio. Si para salvar a este segundo sujeto la ambulancia debe conducir de forma “endiablada”, lo cual provoca un accidente donde finalmente muere el sujeto lesionado, *Jakobs* sustenta la imputación al primer sujeto. Pero pese haberse mantenido inalterado el aspecto subjetivo del hecho generado (pues no hay otro hecho posterior por él realizado),⁴⁷ la imputación sobre este accidente no puede ser sustentada de forma “dolosa”, pues este riesgo no era “dominable” por el autor, “no puede ser perseguido objetivamente” y como tal las mismas solo pueden ser imputadas por “imprudencia”.⁴⁸

Desde esta perspectiva incluso un “subjetivista” debe establece el marco de lo “prohibido” (el marco de lo capturado por el dolo) y la “imputación objetiva del comportamiento”, desarrollada por la nueva escuela de *Bonn* es una

⁴⁵ **Marcelo A Sancinetti**, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p. 61

⁴⁶ **Günter Jakobs**, Derecho Penal – Parte General (*Lehrbuch*), Ed. Marcial Pons Fundamentos y teorías de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez Murillo, 2º Edición, Madrid, 1997.

⁴⁷ Desde esta otra posición, en los hechos, el aspecto subjetivo siempre es previo al objetivo. Primero se conoce o se desconoce y luego se actúa. Posteriormente desde la función de delimitación normativa, solo adquiere importancia el conocimiento (subjetivo), sobre lo objetivamente prohibido, y en esta función lo subjetivo viene luego de lo objetivo.

⁴⁸ **Marcelo A Sancinetti**, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p. 63.

herramienta de inestimable valor para la vieja escuela de *Bonn*. Desde esta perspectiva los estudios realizados pueden ser concebidos como un cuerpo “teórico” en la medida que se tengan presentes las diferencias expuestas en este apartado. Este es el límite que debe serle conferido a la imputación objetiva, y que como tal también se presenta como su “horizonte”. Lo demás (imputación del riesgo al resultado), sigue siendo puro albur, puro azar, fuera del marco del ilícito, como se expondrá en el apartado siguiente.

b) La imputación objetiva del “resultado” (horizonte)

Al comienzo de este trabajo se dijo que la nueva escuela de *Bonn* ha dado mejores y mayores fundamentos a la vieja escuela de *Bonn*, es decir que la llamada teoría de la imputación objetiva, correctamente leída, robustece las posiciones de la teoría subjetivo monista del ilícito.

Esto puede advertirse con lo expuesto en el apartado anterior. Donde ha quedado claro que si bien en la configuración del hecho objetivo debe ser incorporado un “conocimiento”, el mismo no es aquél que se mantiene inalterado como correspondiente en el aspecto subjetivo de la tipicidad, y que el ilícito como tal sigue estando capturado por el “dolo”, definido como conocimiento de los elementos del tipo objetivo. La parte del todo de la teoría de la imputación objetiva que merece particular consideración es aquella que define el riesgo (imputación de conducta), más el mundo de lo tópico, de la inestabilidad argumental, sigue su derrotero en el segundo estadio que pretende imputar “resultados”. Para ello se ha de dividir el tratamiento en dos partes. En la primera los argumentos de la nueva escuela de *Bonn* que demuestran que la imputación del resultado sobra, y que con la tentativa acabada el ilícito ya tiene todo lo que necesita. En su desarrollo se expondrán las razones dadas por los partidarios de imputar el resultado, y las críticas a tales posturas. En un segundo término se completará el argumento subjetivista, imponiendo las razones que llevan a dejar de lado la imputación de los resultados del ilícito, camino que derivará en las conclusiones finales de éste trabajo.

1) La imputación del resultado

Jakobs manifiesta que el resultado lesivo será imputado al riesgo cuando aparezca como el factor causal determinante del resultado.⁴⁹ Esta explicación tan general solo cambia los nombres del problema, pero no los resuelve. Ello por cuanto es lo mismo preguntarse “cuándo el riesgo es competente en el resultado”, que preguntarse “cuándo el riesgo ha sido el factor

⁴⁹ *Günter Jakobs*, La imputación objetiva, ob. cit. p. 173 y ss.

determinante del resultado”, las palabras difieren, el problema se mantiene inalterado.

Para concretar esta definición el autor antes señalado expone que estaremos en presencia de una ejecución dolosa del resultado cuando aquél riesgo percibido por el autor, sólo o conjuntamente con otro, nos permita explicar el curso causal concreto, de forma tal que el mismo sobrevenga a causa del riesgo creado dolosamente, y no sólo con ocasión del ese riesgo.⁵⁰ Para indagar ello, es decir, si se realiza el riesgo percibido en ese curso causal concreto, deben imaginarse las condiciones de modo tan modificado que el autor ya nos las perciba como arriesgadas, y así contrapuestas a ese curso causal concreto, si solamente se modifican circunstancias “accesorias relativas”, no se habrá realizado el riesgo.⁵¹ Como ejemplo de ello expone *Jakobs* el caso de quien intentando apuñalar a otro sujeto le produce una herida tan insignificante que el autor no la habría considerado mortal, introduciéndose un germen infeccioso que desencadena la muerte. En este caso la herida causada por el autor en relación al riesgo por él percibido al iniciar su conducta no se produce, sin influir las posibilidades de salvación, el lugar de la muerte o el proceso infeccioso en si. Sin embargo cambiará el caso cuando la infección hubiera sido “*dominable*”, lo cual sucedería si el cuchillo estuviera oxidado.

Aquí no puedo ocuparme en detalle de otras cuestiones que han sido desarrolladas como componentes de la atribución del resultado, tales como el comportamiento alternativo conforme a derecho, la relevancia del transcurso del tiempo entre la conducta y el resultado, los riesgos concurrentes, la identidad entre el objeto afectado por el riesgo inicial y el finalmente lesionado, la diversidad del objeto puesto en riesgo y el objeto lesionado, como así también la confluencia de los riesgos.⁵² Debiendo centrarme en honor a los límites de extensión impuestos en la cuestión central, dejo por lo tanto de lado estos interesantes problemas sin perjuicio de tratarlos incidentalmente para demostrar la inconsistencia de los postulados iniciales.

Y lo inconsistente de los postulados viene dado justamente por el hecho de que una vez que el autor ha realizado la totalidad de su conducta (tentativa acabada), nada “*domina*” del riesgo por él generado, y lo “*dominable*” en la medida de su génesis ha sido liberado al azar, la efectiva consumación del mismo depende, junto a las causas por él generadas con “*dominio*”, de otra ingobernable: “el azar”. Para ello habré de ceder la palabra a *Jakobs* (para el asombro de los objetivistas), quien expone que con “... la máxima “bien está lo que bien acaba”, el Derecho penal debería renunciar por completo a

⁵⁰ *Günter Jakobs*, La imputación objetiva ob cit pp 113.

⁵¹ Con mayor profundidad, *Nicolás Schiavo*, sobre el *dolus generalis* en *Günter Jakobs*, (inédito), trabajo presentado en el seminario de la Universidad de Buenos Aires, en la cátedra del *Dr. Dr. Marcelo A Sancinetti*.

⁵² Sobre un desarrollo pormenorizado de tales lineamientos, véase *Manuel Cancio Meliá*, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación objetiva* (Prologo de *Enrique Bacigalipo*), Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 134 y ss.

la punición de la tentativa o , más aún, regresar desde la sociedad moderna, caracterizada por la protección de interacciones libremente configurables en la medida de lo posible, a la antigua sociedad con su responsabilidad por el resultado".⁵³

Que el autor nada "domina" con posterioridad a la realización de la tentativa acabada queda claro en "Rücktritt", donde se considera el desistimiento (pues solo puede desistirse aquello que se domina). La tesis *Jakobs* en esa obra reza del siguiente modo: "a1)El autor ya no puede desistir una vez que queda desligado de su conducta. a2)Esto pasa siempre que él pierda inclusive solo una posibilidad de influir en el mundo futuro - sea porque admitió la posibilidad de que ya no le fuera evitable la producción del resultado, sea porque el hecho se le reveló como fracasado- ; y por otro lado: b)a partir de este momento solo resta la posibilidad de una conducta posterior al hecho ("la potestad contra la conducta propia pasada es una genérica conducta posterior al hecho"); entonces, es posible, solo una conclusión; no es el resultado efectivo, "naturalistamente" considerado, el que integra el concepto de acción (y del ilícito), sino solamente la posibilidad, reconocida por el autor, de que él se produzca".⁵⁴

Si el mayor aporte que ha traído consigo la "imputación objetiva", es la de aquella parte que puede ser considerada como "teoría", delimitando normativamente la conducta prohibida (la conducta dominable = Tentativa acabada), esta nueva escuela robustece el postulado que se hallaba en el fundamento final de las posiciones subjetivistas, consistente en que el ilícito estaba definido por la infracción a la norma, y que no puede existir mayor infracción a la norma que la existente en la tentativa acabada, lo demás sobra, salvo que se entienda consumación como "el haber quebrado la vigencia de la norma con la acción". Para ponerlo en palabras de *Jakobs*⁵⁵ : " La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación"⁵⁶, otras aportaciones del mismo

⁵³ **Günter Jakobs**, Estudios de Derechos Penal, ob.cit. "El desistimiento como modificación del hecho" Traducción del alemán "Rücktritt als Tatänderung versus allgemeis Nachtatverhalten" por **Enrique Peñaranda Ramos**, p. 325.

⁵⁴ **Marcelo A Sancinetti**, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en *Jakobs*. Ed. Temis, Bogota, 1995, p.83.

⁵⁵ Todas las expresiones que siguen entre comillas de **Günter Jakobs**, ¿Qué protege el derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. Ediciones Jurídicas del Cuyo, Mendoza. Por supuesto que la nueva escuela de *Bonn* no cree estar otorgando argumentos favorables a la vieja escuela de *Bonn*. Ello puede ser apreciado en un discípulo de *Jakobs*, que ha tenido oportunidad de expresarse con los siguientes términos : "En segundo término, la teoría de las normas de la llamada "teoría personal del injusto" se encuentra presa del dogma naturalista de la protección preventivo policial de bienes jurídicos y opera, por tanto, sobre la base de una teoría de la Sociedad ya superada, que evalúa de forma equivocada las condiciones fundamentales de la convivencia social". **Heiko H. Lesch**, Intervención delictiva e imputación objetiva., Ed. Universidad Externado Colombia. Bogota 1994, p. 44/45. Las críticas de **Lesch** son correctas en relación a la vieja escuela finalista que otorgaba relevancia en el injusto al resultado, pero si bien dispara acertadamente, en su comentario confunde el blanco, pues lo mismo debe ser dicho para cualquier configuración dogmática que otorgue relevancia al resultado en la definición del injusto.

⁵⁶ **Marcelo A Sancinetti**, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p. 64.

autor pueden robustecer el mismo postulado :“ Si se formula la conclusión alcanzada de modo tradicional conforme una teoría de los imperativos, el mandato no puede rezar “no causas la lesión de un bien”, sino que debe decir “no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho””.⁵⁷ Y definitivamente: “Si lo decisivo es la protección de normas y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse cualquier orden normativo, por medio del Derecho Penal; el Derecho Penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico. Esta objeción es errónea porque tampoco la teoría de la protección de bienes jurídicos conoce potencial crítico alguno: lo que no existe no puede perderse”.⁵⁸

Queda así establecido el “horizonte” de una “teoría” de la imputación objetiva, entendida solamente como “imputación del comportamiento”, que quebrante la vigencia de la norma en su faz objetiva; quebrantamiento que constituirá un ilícito en la medida que haya sido realizado con “conocimiento” sobre los elementos de la acción que la quebranta (dolo), lo demás sobra, y es de esperar un núcleo teórico en el desarrollo de la imputación objetiva en la medida que separándose del mundo “naturalístico” que contiene el “mito del resultado” abandone definitivamente la tónica en que se encuentra enredada al pretender imputar como “agravante”⁵⁹, efectivas lesiones a bienes jurídicos.

En tal sentido el “horizonte” de la imputación objetiva queda capturado por sus “límites”, dejando de lado los lemas, y las palabras estridentes que en muchos casos han tomado vida propia, uno puede definir a la teoría de la imputación objetiva de la siguiente forma: *la teoría de la imputación objetiva es la que reduce el marco de lo prohibido, definido por el dolo, normativizando los componentes de la conducta prohibida por la acción generada, es decir, la creación del “riesgo jurídicamente desaprobado”, que debe ser reflejado en el tipo subjetivo.*⁶⁰

b) Subjetivismo vs. el mito del resultado

Con lo dicho en los apartados anteriores, resulta suficiente para tener por concluido el presente, en cuanto a cuales son los límites y horizontes que le pueden ser dados a la teoría de la imputación objetiva desde una posición subjetivista. Pero siendo bastante no resulta todo, más bien falta contestar algunas críticas levantadas a las posiciones subjetivistas, contestadas en algunos casos (con sobrada contundencia), por autores que no adhieren a dicha teoría.

⁵⁷ **Marcelo A Sancinetti**, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p. 29.

⁵⁸ **Marcelo A Sancinetti**, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, ob. cit p. 53.

⁵⁹ Si el ilícito se encuentra completo, como quebrantamiento a la norma, con la tentativa acabada, el resultado solo puede ser entendido como un agravante a la perfecta infracción a la norma (tentativa acabada). Agravante por demás injustificado.

⁶⁰ Lo mismo ha sido dicho por **Marcelo A Sancinetti** :“Y si bien es cierto que una posición finalista no es más que la subjetivización del tipo objetivo como fundamento del ilícito, esta subjetivización no prejuzga acerca del contenido que hay que subjetivizar, es decir, acerca del “tipo objetivo””, en, Subjetivismo e imputación objetiva, ob.cit. p. 94.

B1) La existencia del "azar"

Se ha dicho que la teoría subjetiva del ilícito, otorga demasiada importancia al concepto del "azar" pasando por alto que incluso en la "tentativa" inacabada el azar se encuentra presente.⁶¹ Esta crítica no merece mayores comentarios, pues de su propia formulación se desprende la inconsistencia. Si bien es posible que algo de "azar" se encuentre presente en la progresión de los pasos del plan del autor en la tentativa inacabada, ese "azar" resulta diferente de aquél existente entre la tentativa acabada y el resultado, donde de lo se trata es del "puro azar". De todas formas deberían los críticos explicar porqué imputan más azar, en lugar de reducirlo en el marco del injusto.

El argumento de los críticos, parece por lo tanto tremendamente incompleto, pues aun existiendo una dosis de azar en el poder seguir adelante, con la ejecución "ella estaría siempre al menos acompañada de una voluntad rectora, la cual ya no puede estar más presente durante el tramo que corre entre el acabamiento de la tentativa y el resultado exterior. Dicho a la inversa, tras ello solo resta casualidad, mientras que antes de ello está siempre presente (al menos también) el aspecto volitivo de la motivación"⁶²

B2) La inconsistencia de la teoría con la ley positiva

También se ha dicho que esta teoría no se corresponde con el derecho positivo vigente.⁶³ Esta crítica también resulta por demás pobre, pues aquellos que la levantan suelen tener posiciones doctrinales que tampoco se corresponden con la ley positiva vigente. Pero lo esencial es que justamente la teoría no debe porqué tener una correspondencia con un cuerpo normativo dado. Pues si ello fuera cierto, antes de la creación de la norma no habría teoría, o al menos una válida que se correspondiera con la norma aún no sancionada. Y luego de la norma no habría ciencia, pues toda construcción dogmática tendría que referirse a la norma dada: "quien se quedara en la explicación de las soluciones de un derecho positivo concreto no sería más que el intérprete de un texto".⁶⁴ Por otro lado, los críticos pasan por alto que no hay en la actualidad ningún sistema legal que esté dominado por una teoría, sino que las regulaciones se van traslapando con la influencia de las diversa teorías que confluieron en su redacción o sus reformas. En todo caso la dogmática enseña que modelo debería seguir un legislador, si pretendiera sancionar un código armónico y coherente, por lo tanto esta crítica no alcanza.

⁶¹ Zaffaroni, Slokar, Alagia, ob. Cit. pg. 780 y ss.

⁶² Marcelo Sancinetti, fundamentación... ob. Cit. p 9.

⁶³ Günter Jakobs, Derecho Penal, ob. Cit.

⁶⁴ Marcelo A Sancinetti, subjetivismo e imputación objetiva, ob. Cit. p. 33.

B3)La teoría subjetivo monista termina por sancionar los actos preparatorios

También se ha dicho que en la medida que se sostenga que la simple voluntariedad exteriorizada contraria a derecho es lo que fundamenta el castigo, se puede terminar sancionando cualquier acto preparatorio, contrariando la máxima "*cogitationen nemo patitur*".⁶⁵ Esta crítica confunde el "dolo" con la "voluntad", pues si como se dijo anteriormente el "dolo" no es la "voluntad", sino que es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, nunca pueden ser sancionados los actos preparatorios, pues los mismos no constituyen un "riesgo jurídicamente reprobado", ya en la etapa objetiva del injusto, desde esta posición la crítica parece estrecha y no merece mayores comentarios.⁶⁶

B4)El resultado como exteriorización del dolo

Por otra parte se sostuvo que el "resultado" hace más perceptible la violación del norma,⁶⁷ o que es la única prueba segura "de la peligrosidad que acuñaba la conducta ex ante".⁶⁸ Esta crítica envuelve en su interior un "mito" que pretende solamente inferir el "dolo" con la existencia del resultado. Pero además no resulta cierta. En primer lugar si A y B disparan contra C y D a la cabeza y por efecto del azar C muere con el disparo de A, mientras que D queda cuadripléjico y con el proyectil (que arrojó B), alojado en la cabeza, no se explica desde que punto de vista el hecho de A que culminó en la muerte de C haga más perceptible la violación a la misma norma cometida por B, por el sólo hecho de la continuidad de la vida de D en esas condiciones. Por el contrario uno podría argumentar que la "violación de la norma" se hace más perceptible en el hecho de B, pues cualquiera que mire en el futuro a D (y como quedó), podrá advertir dicha violación, mientras que la acción de A sólo seguirá perceptible en el tiempo para los deudos de C. El segundo argumento es más corto que el primero, pues si A dispara a B en la cabeza, y posteriormente B muere en la cama de un hospital el "dolo" de A estaba claro ex ante de la muerte de B, no cambia la imputación de su conducta por la muerte de B en el hospital, mientras A estaba en una celda. Por supuesto que no da lo mismo en los hechos que una persona continúe viva a que muera, pero si aquello que se imputa es el "riesgo generado" (objetivamente), de forma dolosa (con conocimiento), la existencia o no del resultado resulta indiferente para la imputación del injusto. Una sociedad no podría estar tranquila en su configuración normativa, si supiera que la norma

⁶⁵ J. Bustos Ramirez, Control Social y sistema penal, Ed. PPU p.243

⁶⁶ Al respecto Nelson R. Pessoa, Fundamentos de la punición de la tentativa. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, ob. Cit. p. 396.

⁶⁷ En tal sentido Lars Röhl, Sobre la imputación objetiva con particular referencia a los resultados sobrecondicionados. Traducción de Sophia Lenhart (FU Berlin – Universidad Libre de Berlin), inédito, presentado en el seminario de la UBA dirigido por el Dr.Dr. Marcelo A Sancinetti.

⁶⁸ Jesús María Silva Sanchez ,ob.cit.

que reza “no matarás” sólo deberá ser restablecida una vez que uno “ha muerto”. En todo caso este argumento debería llevar a una mayor consideración de la punición por tentativa, pues la única forma de evitar la muerte es con la represión de las acciones que tienen entidad para generarla. Tomando textualmente la palabras de mi maestro, esta crítica “es más bien una declamación no un argumento”⁶⁹.

B5)El resultado como tendencia de la acción riesgosa

También se ha dicho que el resultado es en definitiva aquello que fundamenta la acción “prohibida” realizada, y que por lo tanto “la acción exitosa es, ya antes de la producción del resultado, la objetivación lograda de un dolo, lo que no tiene éxito, no lo es, aun cuando en numerosos caso el logro no pueda ser sabido antes de la producción del resultado”⁷⁰ Ciertamente la consumación demuestra que la acción era ya antes “capaz de resultado”, pero esto no demuestra que no fuese capaz de fracasar “del mismo modo que la frustración no prueba por sí que la acción no tuviera igualmente capacidad (eventual) de resultado, lo cual en la llamada tentativa “idónea” sucede siempre”,⁷¹ “El resultado exterior - al igual que el movimiento corporal exitoso -, no puede asegurarlo el autor en el momento de motivarse, de desautorizar la norma; él puede motivarse siempre con tendencia a una meta determinada; que la meta sea alcanzada o no, va más allá de su “defecto volitivo”, y por lo tanto, tampoco puede tener lugar en el concepto del ilícito”.⁷²

La repetida expresión de *Günther Jakobs* respecto que: “*el comportamiento, si se le priva de su referencia al resultado, carece de toda vinculación con algo delictivo, esto es, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente insulso en relación con el criterio de los “órdenes históricamente generados”*”,⁷³ es plenamente válida para la configuración del riesgo prohibido, pero tremendamente pobre para justificar la imputación por resultados. Esto ha de ser así por cuanto la “referencia al resultado” es lo que permite por intermedio de los “órdenes históricamente generados” tener por configurada una acción dentro del marco del riesgo prohibido, cargar en la misma mochila el “azar” propio del mundo de la naturaleza consistente en la definitiva y efectiva producción o no del resultado es otro asunto. Aclarando el asunto A dispara sobre B con un arma, apuntando al pecho, los “órdenes históricamente

⁶⁹ **Marcelo A Sancinetti**, Fundamentación.... ob. Cit. p. .293.

⁷⁰ **Günther Jakobs**, Derecho Penal, ob. cit., p 6/73.

⁷¹ **Günther Jakobs**, Derecho Penal, ob.cit., p 6.

⁷² **Günther Jakobs**, Derecho Penal, ob.cit., p. 19

⁷³ **Günther Jakobs**, La prohibición de regreso en los delitos de resultado, estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión. Traducción de **Manuel Cancio Meliá** (título original: *RegreBverbot beim Ergolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung.*) En La prohibición de regreso en derecho Penal. Universidad Externado Colombia, Bogotá, p. 101.

generados" permiten decir que una acción de esta naturaleza es capaz de causar la muerte de B, y por ello ingresa dentro de la norma que reza en general "no mataras", y que se proyecta en el caso concreto como "no dispararás sobre otra persona apuntando al pecho" (esto es conocimiento del significado normativo), desde esta perspectiva estamos en presencia de un riesgo prohibido, y por supuesto que adquiere tal carácter por ser capaz de causar la "muerte" (referencia de resultado normativo).

Por otra parte que la muerte efectivamente se produzca o que B se mantenga vivo, es algo que sobra en el análisis normativo, pues la contrariedad de A con el derecho se encuentra completa con la realización del disparo, como completa esta la referencia al resultado para tener por prohibida la acción riesgosa, el resto es naturalismo, propio del mundo de los mitos, de *iure* la norma que reclama la imposición del castigo esta tan quebrada con la bala saliendo del cañón, como lo habrá de estar en su trayecto, en su impacto y en sus ingobernables efectos.

Mucho más curiosa es la explicación dada por *Frisch* para defender lo que denomina "*la imposibilidad de renunciar al requisito de la relación del peligro desaprobado en el resultado*". Este autor, que centra la importancia de la imputación objetiva de forma contraria a la aquí sustentada, expresa la importancia del resultado argumentando que sólo analizando el resultado se puede saber si el riesgo prohibido se ha concretado, pues a su forma de ver "*el resultado producido no puede definirse como injusto en el sentido de lesión del estado jurídico*",⁷⁴ es decir, conforme tal criterio, el riesgo sólo es prohibido si es el causante del resultado, de ahí que exponga como real centro de la teoría de la imputación objetiva la vinculación de la acción con el resultado.

Y ciertamente el planteo resulta curioso, pues se pone el carro delante del caballo. Hace unos cuantos años, en la década del setenta, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires un profesor titular explicaba el fracaso de base del "comunismo" bajo la siguiente expresión "*la caridad es propia de cristianos, reclamada por nuestro Señor. Si todos fuéramos iguales, y ya no existieran pobres, no podríamos realizar actos de caridad, y por ende estaríamos desobedeciendo a Dios. De tal forma el comunismo no puede ser practicado*".⁷⁵

El planteo total de *Frisch*, aunque algo más sutil, es casi lo mismo. Este último autor se escandaliza de no poder aplicar una serie de institutos (como el comportamiento alternativo conforme a derecho), si no se implicara al resultado en el marco del ilícito, pero en todo caso dichos institutos serán importantes si primero se justifica la necesidad de incluir el resultado en el marco

⁷⁴ **Wolfgang Frisch**, La imputación objetiva; estado de la cuestión. Traducción de **Ricardo Robles Planas**. En Sobre el estado de la Teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Cuadernos, Civitas. Madrid, p. 50.

⁷⁵ Le debo esta curiosa cita a mi padre **Dr. Carlos Alberto Schiavo**, quien por aquél entonces presenció esa clase en las aulas de la UBA.

del injusto, y no a la inversa, de lo contrario el argumento termina siendo circular, pese a su escándalo por “no puede practicar la caridad”. Que el “resultado” sólo puede ser definido como “lesión al ámbito jurídico” lo justifica su propia doctrina total que resulta coincidente con las previsiones del Código Penal Alemán que permiten imponer idéntica sanción al autor de un hecho consumado respecto de quien realizare una tentativa acabada finalmente frustrada, lo demás es puro albur.

c) Conclusiones

A esta altura se pueden exponer las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo.

1) La imputación objetiva puede ser considerada un cuerpo teórico solamente en cuanto a la definición de la conducta prohibida, como riesgo “prohibido”, el resto (imputación del resultado al riesgo), sigue siendo un conjunto de postulados tópicos, carente de sentido para una correcta definición del injusto.

2) Los componentes de “conocimiento” que se deben establecer en el marco del tipo objetivo son aquellos que se definen como “conocimientos del significado normativo”, mientras que en el campo subjetivo del tipo penal quedan los conocimientos “sobre los elementos del tipo”.

3) La teoría de la imputación objetiva robustece la posición establecida por la vieja escuela de *Bonn*, que desarrollara la teoría subjetivo monista del ilícito, desde el momento que otorga nuevos fundamentos para sustentar que el ilícito se corresponde con la contrariedad “objetiva” de la acción a la norma, y no con la lesión de bienes jurídicos.⁷⁶

4) De tal forma se define a la teoría de la imputación objetiva de la siguiente manera: *la teoría de la imputación objetiva es la que reduce el marco de lo prohibido, definido por el dolo, normativizando los componentes de la conducta prohibida por la acción generada, es decir, la creación del “riesgo jurídicamente desaprobado”, que debe ser reflejado en el tipo subjetivo.*

5) Las críticas levantadas en torno a una posición subjetiva del injusto pasan por alto una serie de fundamentos que contiene la teoría criticada, y que no han merecido mayores y serias respuestas, razón por la cual tampoco merecen ser consideradas. En todo caso la crítica principal que puede ser levantada contra la teoría subjetivo monista del ilícito es que la misma no sea la teoría “dominante”. Pero en realidad esto tampoco es una crítica en sentido estricto, sino que no hace más que reflejar hasta donde el mundo mítico se resiste a desaparecer. En la medida que las ciencias descubran los mitos, la importancia del resultado (reflejo de los mitos naturalísticos), ira perdiendo importancia, ese

⁷⁶ Al respecto véase **Marcelo A Sancinetti**, *Ilícito personal y participación*. Ed. Ad. Hoc., Buenos Aires, p.23 y ss.

horizonte trazado por el progreso de la ciencia deberá coincidir con el que es dable esperar de la teoría de la imputación objetiva.