

La teoría de la imputación objetiva
Una introducción

LUÍS GRECO

LA TEORÍA DE
LA IMPUTACIÓN
OBJETIVA
UNA INTRODUCCIÓN

Traducción de:

Stefan Espejo

Revisión de:

Alfredo René Uribe Manriquez



Puno - Buenos Aires
2025

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
Una introducción

© LUIS GRECO

© Zela Editorial S.A.C.S.
Jr. Arica 120, Huancané, Huancané, Puno
Teléfonos: 973800878 / 924588702
RUC: 20609578972
zelagrupeeditorial@gmail.com
www.zelaeditorial.com

© Stefan Espejo, para la traducción
© Alfredo René Uribe Manrique, para la revisión

Primera edición: mayo 2025

Tiraje: 200 ejemplares

Diseño y diagramación:
Gabriela Zabarburú Gamarra

ISBN: 978-612-49833-6-8

Hecho el depósito legal en la biblioteca nacional del Perú N° 2025-01915

Impreso en:
ENOTRIA S. A.
Av. Nicolas Ayllón N° 2890, Ate

Mayo 2025

Todos los derechos reservados.

Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

Impreso en Perú / Printed in Peru

CONTENIDO

Presentación a la edición en español	9
I. Una serie de problemas no resueltos	11
II. Esclarecimientos preliminares: ¿qué es la teoría de la imputación objetiva?	17
III. Antecedentes históricos de la moderna teoría de la imputación objetiva.....	23
1. La superación del naturalismo por el neokantismo	23
2. El nacimiento de la “primera” teoría de la imputación	27
3. Los precursores de la “moderna” teoría de la imputación	35
4. Intentos frustrados de revitalizar el concepto de imputación....	57
IV. La moderna teoría de la imputación objetiva.....	67
1. El principio de riesgo, de ROXIN (1970).....	67
2. El contexto metodológico: surgimiento de una dogmática funcionalista del delito	71
3. La fundamentación de la moderna teoría de la imputación objetiva.....	83
4. Críticas.....	109

Contenido

V.	La imputación objetiva en la actualidad.....	121
	Modelos alternativos de imputación	
1.	ROXIN.....	121
2.	JAKOBS	124
3.	FRISCH	135
4.	PUPPE.....	145
VI.	Aspectos problemáticos de la teoría de la imputación objetiva	159
1.	Dificultades teóricas genéricas.	159
2.	Peculiaridades de nuestro Derecho positivo	172
3.	El debate nacional	177
	Bibliografía.....	183

PRESENTACIÓN A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL

Agradezco la iniciativa de mi amigo Alfredo René Uribe Manríquez para ofrecer al público mexicano la traducción al castellano de uno de mis primeros estudios como penalista. Llegaba a Alemania en octubre del año 2001 —casi dos décadas atrás— para iniciar mis estudios de maestría —LL.M.— en la Universidad Ludwig-Maximilian, de Munich, en la que sería orientado por nada menos que mi gran ídolo, el profesor Claus Roxin. Mi interés por la teoría de la imputación objetiva, a la que después dediqué mi tesis de maestría, concluida en el año 2003 era enorme y me vi sumamente interesado, al punto de traducir del alemán para el portugués dos capítulos del tratado de derecho penal parte general de Roxin, el capítulo referente a la teoría del delito (7) y el referente a la teoría de la imputación objetiva (11). Caí en cuenta mientras realizaba dicha traducción que había una cierta dificultad en entender un edificio teórico que se erigió paulatinamente sobre una tradición que en buena parte era desconocida por el público de Brasil, así fue que surgió la idea de escribir el presente texto, mismo que se realizó entre octubre del 2001 y febrero del 2002 y publicado como una introducción a la teoría de la imputación objetiva cuya finalidad era dotar al lector de los conocimientos previos que le facilitaran

la comprensión del texto de Roxin. En este trabajo se pretende contextualizar la teoría, exponer sus antecesores, sus fundamentos, así como las principales versiones que se han asumido por los grandes teóricos que la han defendido.

Cuándo, casi dos décadas después, Alfredo René Uribe Manríquez me expreso la idea de promover esta traducción y publicarla en formato de libro autónomo me alegro de sobre manera ya que al final, este trabajo, dejando ahora de lado su contenido, tiene una importancia fundamental en mi formación como jurista. El proceso de estructurarlo, pensarlo y escribirlo me enseñó cuán placenteras y difíciles son estas tareas así como también hizo que comenzara a conocerme mejor, siendo este, en su momento, el estudio mas pretensioso que me anime a escribir. El hecho de que al día de hoy despierte interés me congratula además de hacerme saber que hay un conjunto de ideas en nuestra humilde ciencia del derecho penal que persisten a pesar del paso de los años.

Espero que este trabajo sea de interés para el público mexicano que siempre me ha dado cálidas muestras de su calor humano y que tanto se echan de menos en el día a día y ojalá que en breve pueda dar a Alfredo René Uribe Manríquez personalmente un abrazo de agradecimiento.

Berlin, 14 de diciembre de 2020

I

UNA SERIE DE PROBLEMAS NO RESUELTOS

La imputación objetiva es, sin duda alguna, el tema que suscita mayor interés en el ámbito del Derecho Penal brasileño en la actualidad. Cuando pensábamos que podíamos descansar, siguiendo un sistema “moderno” (finalista), encuadrando el dolo en el tipo, distinguiendo el error de tipo del error de prohibición, etc., se publicaron, en un corto espacio de tiempo, una serie de trabajos¹

¹ André CALLEGARI, *A imputação objetiva no Direito Penal*, en: RT 764 (1999), p. 434 y ss. (también en Revista Brasileira de Ciências Criminais 30 (2000), p. 65 y ss.); CIRINO DOS SANTOS, *O tipo dos crimes dolosos de ação*, en: Discursos sediciosos, ns. 7 e 8, (1999), p. 61 y ss.; el mismo autor, *A moderna teoria do fato punível*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 57 y ss., p. 103 y ss.; Fernando GAIVÃO, *Imputração objetiva*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2000; Luiz Flávio GOMES, *Téoria constitucional do delito no limiar do 3º milênio*, en: Boletim do Ibccrim. nº 93, (2000), p. 3; Damásio de JESUS, *Imputração objetiva*, Saraiva, São Paulo, 2000; el mismo autor, *Imputração objetiva: o “fugu assassino” e o “carrasco frustrado”*, en: Boletim do Ibccrim, nº 86, (2000), p. 13; el mismo autor, *Imputração objetiva e dogmática penal*, Boletim do Ibccrim, nº 90, (2000), p. 2; el mismo autor, *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva*,

que acabaron con nuestras certezas. Estos trabajos tenían por objeto, de un modo exclusivo o no, una nueva teoría llamada “imputación objetiva” que se presentaría con la pretensión de reformular por completo el tipo con base en la idea central de “riesgo”. La teoría parecía resumirse en dos puntos de vista: la creación de un riesgo prohibido y la realización de este riesgo en el resultado: “la imputación al tipo objetivo presupone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de este riesgo en el resultado”². La lectura de estos trabajos permite llegar a la siguiente conclusión: el tipo objetivo ya no se agota más en los elementos acción, resultado

Ibccrim nº 94, (2000), p. 3; Juarez TAVARES, *Teoria do injusto penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 205 y ss.; CHAVES CAMARGO, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001; el mismo autor, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, en: Boletim do Ibccrim, 107, (2001), p. 7 y ss.; Fernando CAPEZ, *O declínio do dogma causal*, em: RT 791 (2001), p. 493 y ss.; Fábio Roberto D'ÁVILA, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, RT, São Paulo, 2001, p. 38 y ss.; JESUS, *Imputação objetiva e causa superveniente*, en: Revista da Associação Paulista do Ministério Público, nº 36 (2001), p. 54 y ss.; José Carlos PAGLIUCA, *A imputação objetiva é real*, en: Boletim do Ibccrim, 101, (2001), p. 16; el mismo autor, *Breve enfoque sobre a imputação objetiva*, en: Revista da Associação Paulista do Ministério Público, nº 37 (2001), p. 44 y ss.; Paulo de QUEIROZ, *Direito Penal – Introdução crítica*, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 132 y ss.; el mismo autor, *A teoria da imputação objetiva*, en: Boletim Ibccrim 103, (2001), p. 6 y ss.; Rodrigo de SOUZA COSTA, *Algumas críticas ao conceito de incremento de risco*, en: Boletim do Ibccrim 108 (2001), p. 14 y ss.; ZAFFARONI, *Panorama de los esfuerzos teóricos para establecer criterios de imputación objetiva*, en: Ester Kosovski / Zaffaroni (eds.), *Estudos em homenagem a João Marcello Araújo Jr.*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 187 y ss.. A mi parecer, el primero que trató el tema en teoría entre nosotros fue Juarez TAVARES, *Direito penal da negligência*, RT, São Paulo, 1985, p. 151 y ss..

² Cf. Las formulaciones más o menos similares en CIRINO DOS SANTOS, *Moderna teoria...*, p. 57; GALVÃO, *Imputação...*, p. 27; JESUS, *Imputação...*, pp. 33/34; TAVARES, *Teoria...*, p. 225; CAPEZ, *O declínio...*, p. 502; D'ÁVILA, *Crime culposo...*, p. 44; PAGLIUCA, *Breve enfoque...*, p. 44; QUEIROZ, *A teoria...*, p. 6.

y nexo de causalidad; para que este se realice también será necesario que se añadan los requisitos de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y de la realización de este riesgo en el resultado.

Sin embargo, esta conclusión no satisface, pues a pesar de la calidad de las publicaciones, el ambiente entre los estudiantes, profesores y aplicadores del Derecho todavía es de total desorientación. Asimismo, a los ojos del público, varias *cuestiones* permanecen mal resueltas.

La primera de ellas se refiere a aquello que se podría llamar el aspecto externo, la “cara”, de la teoría. La teoría de la imputación en lugar de emplear un conjunto reducido de enunciados, trabaja de modo disperso, difuso, haciendo referencia a varios grupos de casos, lo que nos parece sumamente extraño. Palabras como “comportamiento alternativo conforme a Derecho”, “disminución del riesgo”, “contribución a una autopuesta en peligro”, designan hipótesis más o menos concretas dentro de las cuales, no raramente, se ha procedido a elaborar nuevas subdistinciones (p. ej., entre el comportamiento alternativo conforme a Derecho que con certeza no evitaría el resultado y aquel que solo tal vez lo evitaría), lo que termina dificultando bastante el aprendizaje de la teoría. El estudiante, acostumbrado a aprender cosas simples, como “la culpa presupone la violación del deber objetivo de cuidado” o “el error de prohibición excluye la culpabilidad cuando es inevitable”, ahora más bien se ve forzado a memorizar numerosas distinciones y subdistinciones. ¿Por qué tantas referencias a casos? ¿Por qué ese creciente uso de la inducción, de casos de la jurisprudencia, si la tradicional deducción nos proporcionaba un sistema más simple?

Existe un segundo problema, correlacionado al primero, aunque sin confundirse con aquel: frente a una teoría tan detallada y complicada, tan diferente de todo lo que ya hemos visto, ¿cuál será la mejor postura... aprenderla o simplemente ignorarla? Al final, ¿valdrá la pena el esfuerzo? La cuestión que pide una respuesta, por tanto, se refiere a la *legitimidad / necesidad de una teoría de la imputación*: ¿para qué necesitamos de una imputación objetiva? ¿En qué supera

a las construcciones sistemáticas anteriores? ¿Realmente promete un beneficio de justicia en la aplicación del Derecho Penal? ¿Si el finalismo era insuficiente, por qué no nos dimos cuenta de eso antes? ¿Si la teoría de la imputación es tan necesaria, cómo sobrevivimos sin ella hasta ahora?

Estos dos problemas son, en realidad, consecuencias de un factor que se puede calificar de genético-estructural: la imputación objetiva es una construcción extranjera. Nosotros no asistimos a su nacimiento, no la vimos luchar por su sobrevivencia, no sabemos qué mutaciones sufrió al pasar por los severos mecanismos de la selección natural existentes en la dogmática alemana hasta que se consolidase. Recibimos como si estuviera lista una teoría que ha venido, con mucho esfuerzo y dificultad, siendo discutida y reformulada a lo largo de tres décadas. Por lo que, es natural tanto que nos parezca extraño el método del que se vale —la construcción de grupos de casos— como también que no sepamos para qué sirve.

El presente estudio tiene como objetivo, en la medida de lo posible, cubrir esta laguna. Se intentará mostrar cómo surgió la imputación objetiva y qué caminos atravesó hasta llegar a su formulación actual, o mejor, a sus formulaciones actuales. Se hará un esfuerzo en el sentido de señalar como las teorías ya familiares al público brasileño —el concepto social de acción, la teoría de la adecuación social, la teoría de la causalidad adecuada— son, en realidad, precursoras de la imputación objetiva, porque intentan resolver los mismos problemas que esta actualmente soluciona. Además, se intentará situar el surgimiento de la imputación objetiva dentro de un contexto metodológico más grande: el de la superación de la sistemática finalista, de carácter ontológico, en favor de un sistema valorativo, teleológico y funcionalista en la teoría del delito. La explicación de lo que significa el funcionalismo será capaz, de una sola vez, de esclarecer el porqué del uso del método inductivo (de grupos de casos) así como el porqué de la teoría, respondiendo a la pregunta en cuanto a su necesidad. Se procederá a una fundamentación funcional de la teoría, en la línea de la escuela de ROXIN; posteriormente, serán expuestos, como construcciones alternativas, algunos de los principales sistemas de

imputación de la actualidad: el de JAKOBS, FRISCH y PUPPE. Se realizará, en seguida, una reflexión sobre los efectos de la teoría de la imputación en la parte restante de la teoría del delito y, para concluir, serán señalados algunos aspectos con los cuales la doctrina brasileña, según me parece, debe tener especial cuidado.

II

ESCLARECIMIENTOS PRELIMINARES:

¿QUÉ ES LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA?

Antes de que prosigamos con nuestra investigación, debemos dejar en claro lo que significa la imputación objetiva. Se intentará, por el momento, una simple aproximación cuyo objetivo mayor es el de permitir que también el lector principiante comprenda aquello que se está tratando.

Para el *sistema naturalista*, el tipo de los delitos de resultado (también llamados, entre nosotros, delitos materiales) se agotaba en la descripción de una modificación en el mundo exterior³. El tipo del homicidio consistía en “causar la muerte de alguien”; el daño significaba “causar daño a la cosa ajena”. Esquemáticamente:

Naturalismo: tipo = acción + nexo causal + resultado.

³ Este sistema fue defendido, entre nosotros, principalmente por HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 5^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1978; Aníbal BRUNO, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 3^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1967.

El *finalismo* agrega a este tipo un componente subjetivo: la finalidad (dolo)⁴. De ese modo, no habrá acción típica sin la respectiva finalidad. Otros datos psíquicos, como fines especiales de actuar (el fin libidinoso, en el rapto; el fin de apoderamiento, en el hurto), también pasan a integrar el tipo. El tipo, en consecuencia, comienza a contener elementos objetivos y subjetivos. El conjunto de los primeros se denomina tipo objetivo, mientras que el conjunto de los segundos, tipo subjetivo.

Por lo tanto:

⁴ El finalismo es sustentado por la mayor parte de nuestra doctrina actual: cf., p. ej., Cézar BITENCOURT, *Manual de Direito Penal*, vol. I, 6^a edición, Saraiva, São Paulo, 2000; Cláudio BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 30; René DOTTI, *Curso de direito penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 309; FRAGOSO, *Lições de direito penal, Parte Geral*, 5^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 152, n. 123; JESUS, *Direito penal – Parte Geral*, vol. I, 19^a edición, Saraiva, São Paulo, 1995, p. VI; MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, 2^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 380; MESTIERI, *Manual de direito penal*, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 112 y ss.; RÉGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 158 y ss.; SILVA FRANCO, en: Silva Franco / Rui Stoco, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 7^a edición, RT, São Paulo, 2001, p. 309; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 1^a edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 409 y ss., n. 190 y ss.. Se acostumbra, inclusive, a decir que la Reforma Penal de 1984 había adoptado el finalismo; sin embargo, tal afirmación desconoce de ciertos límites a la actuación del legislador (¡tan recordados, además, por los finalistas!), que señala que se puede disponer con obligatoriedad sobre las consecuencias jurídicas surgidas después de la ocurrencia de determinados hechos, pero no sobre las teorías que la doctrina seguirá en su trabajo interpretativo. Ello sin mencionar que, si el finalismo entiende su concepto de acción como una realidad ontológica, pre-jurídica e independiente del legislador, causa extrafieza que se fundamente el sistema finalista en su adopción por el legislador.

Finalismo: tipo = tipo objetivo + tipo subjetivo,
donde

tipo objetivo = acción + causalidad + resultado,
tipo subjetivo = dolo + elementos subjetivos especiales.

Sin embargo, nótese que el finalismo no hizo nada más que aumentar, al concepto de tipo del naturalismo, el componente subjetivo, pues *el tipo objetivo del finalismo (acción + causalidad + resultado) es idéntico al tipo del naturalismo*. Esto es exactamente lo que viene a ser modificado por la imputación objetiva. La imputación objetiva viene a modificar el contenido del tipo objetivo, proponiendo que no basta que estén presentes los elementos acción, causalidad y resultado para que se pueda considerar determinado hecho como objetivamente típico, ya que será necesario, además, un conjunto de requisitos. *Este conjunto de requisitos que hacen de una determinada causación una causación típica, violadora de la norma, se llama imputación objetiva.*

¿Cuáles son esos requisitos? Fundamentalmente, son dos. El primero de ellos es la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*. Las acciones que no crean riesgos, es decir, acciones no peligrosas, jamás son típicas, aun cuando eventualmente causen lesiones. Por usar un ejemplo clásico, enviar al tío hacia el bosque deseando que sea alcanzado por un rayo no es una acción peligrosa. Inclusive si el rayo cayera sobre la cabeza del tío, matándolo, aun así, el sobrino no habrá practicado una acción típica de homicidio, toda vez que enviar a alguien al bosque no es arriesgado. Asimismo, las acciones que, a pesar de ser peligrosas, respetan las exigencias de cuidado, son permitidas (riesgo permitido), aun cuando en el caso en concreto occasionen un resultado descrito en el tipo. Un ejemplo serían las intervenciones quirúrgicas conformes a la *lex artis*: aunque no tengan éxito, si el médico actuó conforme a las normas de su arte, no habrá practicado un homicidio.

Sin embargo, para que se impute al autor la causación de un resultado, no basta que cree el riesgo no permitido (esto es, jurídicamente desaprobado) de un cierto resultado. También será necesario que el resultado derive justamente de ese riesgo, que sea el desarrollo

natural del peligro cuya producción el Derecho tuvo por bien prohibir. En otras palabras: el segundo requisito de la imputación objetiva es la *realización del riesgo en el resultado*. Un ejemplo claro en que el riesgo no se realiza es el famoso caso de la ambulancia: la víctima, herida por el autor (que creó, por tanto, un riesgo jurídicamente desaprobado), fallece a causa de un accidente con la ambulancia que la llevaba al hospital. En consecuencia, el riesgo creado por el autor, que es el de la muerte a causa de las heridas provocadas por su conducta de lesionar, no se realizó en el resultado, sino más bien fue sustituido por otro: el riesgo de morir en un accidente de tránsito. Por lo que, el autor no realizó todos los elementos del tipo homicidio.

Por ahora, bastan estas consideraciones preliminares. Completaremos, únicamente, nuestro esquema de la siguiente forma:

Doctrina moderna⁵: tipo = tipo objetivo + tipo subjetivo,
donde

tipo objetivo = acción + causalidad + resultado +
creación de un riesgo jurídicamente desaprobado + realización del riesgo,

tipo subjetivo = dolo + elementos subjetivos especiales.

Para finalizar, un *esclarecimiento terminológico*: es común que los criterios de la imputación objetiva sean designados en otras palabras. Se habla, algunas veces, de riesgo, otras veces, de peligro; o de riesgo jurídicamente desaprobado, riesgo reprobado, riesgo censurado, riesgo prohibido, riesgo no permitido, riesgo no tolerado; o de realización, materialización y concretización del riesgo en el resultado. Ninguna de esas variaciones indica alguna diferencia sustancial. En el curso del texto, utilizaré indistintamente las diversas formulaciones guiado, predominantemente, por consideraciones de claridad y estilo.

⁵ Hablo, aquí, de moderna y no de funcionalista, porque a pesar de ser hija del funcionalismo (vide más adelante, IV, 2), la imputación objetiva, hoy, es acogida por prácticamente todas las corrientes doctrinarias en el Derecho Penal, inclusive las no-funcionalistas. Solo el finalismo aún la rechaza (al menos nominalmente – cf. más adelante, IV, 4).

Ahora que sabemos en qué consiste la moderna teoría de la imputación objetiva, podremos analizar sus antecedentes, sus formulaciones actuales y sus consecuencias para el resto de la teoría del delito. Comenzaremos con una exposición del contexto que sentó las bases para que cuando menos se pudiese hablar de alguna teoría de la imputación: el contexto de la superación del naturalismo positivista por el neokantismo.

III

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. La superación del naturalismo por el neokantismo

Imputar significa atribuir algo a alguien, mientras que la imputación es la valoración de algo como atribuible a alguien⁶. En consecuencia, está claro que solo se comenzará a hablar de imputación a partir del momento en que se admita que la teoría del delito no se agota en descripciones o verificaciones de hechos, sino que más bien constituye un conjunto de valoraciones al que se ha de someter un determinado hecho para que pueda ser considerado un delito. Este es el momento en el que ocurre la transición del naturalismo para el neokantismo.

⁶ Cf. MIR PUIG, *Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtstaates*, en: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2, (1994), p. 225 y ss., (p. 227): “Imputar es atribuir, no describir, y tal atribución significa una valoración”.

El *naturalismo*, que era la perspectiva dominante a fines del siglo XIX, no prestaba atención a la dimensión valorativa de la ciencia jurídica y sus conceptos. Para esta postura, modelos de la ciencia son la física, la biología y la psicología. Si el Derecho quisiera ser digno de este título —ciencia— debía construir sus conceptos con base en el método empírico y neutro de estas ciencias de la naturaleza (de ahí que sea: naturalismo), ya que los conceptos valorados son simplemente a científicos⁷. De allí el motivo por el que la teoría naturalista del delito se estructure sobre un concepto de acción

⁷ Sobre el contexto iusfilosófico del naturalismo, cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^a edición, Springer, Berlin etc., 1991, pp. 36 y ss. (hay traducción portuguesa, de José Lamego, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997); Art. KAUFMANN, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en: Art. Kaufmann / W. Hassemer, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 30 y ss., (p. 87 y ss., en especial p. 91); RÜTHERS, *Rechtstheorie*, Beck, München, 1999, nm. 466 y ss.; una caracterización de la imagen del mundo naturalista, desde la perspectiva de un derecho natural de inspiración religiosa, Ernst v. HIPPEL, *Zur Überwindung des Naturalismus in Recht und Politik*, en: Eßer / Thieme (eds.), *Festschrift für Fritz von Hippel*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1967, p. 245 y ss.; para un enfoque sobre las consecuencias del naturalismo en el sistema jurídico-penal, cf. ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal* (trad. Luís Greco), Renovar, Rio de Janeiro, 2000, pp. 22/23; SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 1 y ss., (p. 19 y ss. – hay una traducción española, de Silva-Sánchez, en: Schünemann [ed.], *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31 y ss.); FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a construção dogmática do fato punível*, en: *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*, RT, São Paulo, 1999, p. 187 y ss., (p. 192 y ss.); TAVARES, *Teoria...*, p. 134 y ss.; Luís GRECO, *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 32, 2000, p. 120 y ss., (p. 122 y ss.); y, ROXIN *Funcionalismo e imputação objetiva*, trad. Luís Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, § 7/13 (= *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^a edición, Beck, München, 1997, § 7/13), en este volumen que el lector tiene en sus manos.

según el cual esta no pasa de ser una causación voluntaria de una modificación en el mundo exterior⁸. El tipo también se agota en la descripción de la referida modificación en el mundo exterior, siendo valorativamente neutro.⁹ Por su parte, la culpabilidad consistirá en la “relación subjetiva entre el autor y el hecho”¹⁰, por lo que “la relación subjetiva entre hecho y autor solo puede ser psicológica”¹¹. Y, finalmente, la antijuricidad —categoría que, ya por definición, no puede ser entendida en términos meramente empíricos— pierde su carga valorativa y se reduce a una dimensión puramente lógica: relación de contrariedad entre el comportamiento y las normas del orden jurídico¹².

⁸ Cf., p. ej., RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, reedición de 1967 de la obra de 1904, pp. 71-72; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21^a y 22^a edición, DeGruyter, Berlin e Leipzig, 1919, p. 116: “La acción es el comportamiento voluntario dirigido al mundo exterior, con mayor precisión, es la modificación, es decir, la causación o la no evitación de una modificación (de un resultado) en el mundo exterior, a través de un comportamiento voluntario”; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906, pp. 9-10: la acción como “comportamiento humano voluntario”.

⁹ Cf., en especial, BELING, *Die Lehre...*, p. 145; para la evolución del concepto de tipo hasta el finalismo, vide SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Verbrechenslehre seit Beling*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1957, que en la p. 14 y ss. expone la teoría del tipo de BELING.

¹⁰ LISZT, *Lehrbuch...*, p. 151; para la evolución del concepto de culpabilidad, cf. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974 (la teoría naturalista de la culpabilidad es expuesta en la p. 37 y ss.).

¹¹ LISZT, *Lehrbuch...*, p. 152.

¹² BELING, *Die Lehre...*, p. 117, que se refiere expresamente a la teoría de la antijuricidad de BINDING, basada en la idea de la violación a la norma; de BINDING, (defensor del positivismo legalista, y no naturalista), vide *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 4^a edición, Felix Meiner, Leipzig, 1922, p. 132: “Es necesario mantener estrictamente separados los conceptos de antijuricidad de una acción y de contrariedad de una acción no prohibida

Para tal sistema, la cuestión de la imputación ni siquiera es planteada, pues al juez le corresponde, únicamente, verificar si los elementos descriptivos que componen el tipo y la culpabilidad están presentes o no. Por lo tanto, si el autor causó el resultado, está configurado el tipo. Si tal causación fue prevista o, al menos, era previsible, habrá culpabilidad. No se debe valorar, es suficiente verificar.

Sin embargo, a comienzos del siglo XX, ya saltaban a la vista las insuficiencias del naturalismo. Comienza a ganar fuerza la *perspectiva neokantiana* que cuestiona la premisa según la cual solamente las ciencias naturales merecen el título de ciencia. Habría, al lado de las ciencias de la naturaleza, las ciencias de la cultura que trabajan con un método propio: el método referido a valores. Sería erróneo que el Derecho, como ciencia de la cultura, trabajase con conceptos empíricos y no valorados. De modo que, sus conceptos tenían que referirse a valores para realizarlos de la forma más completa posible¹³.

A partir de ahora, la teoría del delito se normativiza, pasando a ser comprendida como un conjunto de valoraciones. La teoría de la causalidad entra en crisis, pasando a ser atacada por todos los lados,

en frente de los intereses de una vida jurídicamente ordenada"; p. 134: "la norma crea la acción antijurídica, y la ley penal la acción delictuosa".

¹³ Sobre el neokantismo en general, cf. PASCHER, *Einführung in den Neukantismus*, W. Fink Verlag, München, 1997; sobre el neokantismo en el Derecho, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, republicación de la 3^a edición, de 1932, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 13 y ss., p. 30 y ss. (hay traducción portuguesa, de Cabral de Moncada, 6^a edición, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1997); LARENZ, *Methodenlehre...*, p. 92 y ss.; Luiz LUISI, *Notas sobre a filosofia jurídica dos valores*, en: *Filosofia do Direito*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 41 y ss.; para el enfoque jurídico-penal, cf., principalmente, el clásico trabajo de SCHWINGE, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, DeGruyter, Berlin, 1939; y también ROXIN, *Política criminal...* pp. 23/27; SCHÜNEMANN, *Einführung...*, p. 24 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Construção dogmática...*, p. 195 y ss.; TAVARES, *Teoria...*, p. 137 y ss.; GRECO, *Introdução...*, p. 124 y ss.; ROXIN, *Funcionalismo...*, 7/14 y ss..

tanto que recibe el apelativo peyorativo de “dogma causal”¹⁴. El tipo no es solo la descripción de un acontecimiento externo, sino también la antijuridicidad tipificada¹⁵, es decir, un análisis del hecho bajo la perspectiva de su lesividad social¹⁶. La culpabilidad deja de ser la mera descripción de un estado psíquico, para convertirse en la evaluación del hecho teniendo en cuenta la reprochabilidad del autor¹⁷.

En este momento, en el que el tipo deja de ser solo la causalidad, comienza a tener sentido preguntar qué hace que alguna causación sea una causación típica. En otras palabras: *a partir de este momento comienza a interesar el problema de la imputación.*

Es en este contexto metodológico —el de la superación del naturalismo por el método referido a los valores del neokantismo— que surgen los primeros esfuerzos que pueden ser considerados como precursores de la moderna teoría de la imputación objetiva. Estos serán, a partir de este momento, objeto de nuestra atención.

2. El nacimiento de la “primera” teoría de la imputación

Hablaré aquí, de una “primera” teoría de la imputación para diferenciarla de aquello a lo que llamo “moderna” teoría de la imputación.

¹⁴ Así, principalmente, Hellmuth MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1936, p. 163.

¹⁵ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, trad. Rodriguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 364; SAUER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 3^a edición alemana, de 1955, por Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956, p. 111: “tipicidad es antijuridicidad tipificada”; cf., finalmente, SCHWEIKERT, *Die Wandlungen...*, p. 48 y ss..

¹⁶ Al respecto de esta así llamada “antijuricidad material”, cf. HEINITZ, *Die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en: *Strafrechtliche Abhandlungen*, 211, Breslau, 1926, p. 108 y ss..

¹⁷ En ese sentido, el pionero, FRANK, *Über den Aufbau des Schuldgriffs*, Alfred Töpelmann Verlag, Giessen, 1907, p. 11: “Culpabilidad es reprochabilidad”; cf., asimismo, ACHENBACH, *Historische und dogmatische...*, p. 97 y ss., que cuestiona la idea, comúnmente aceptada, de que FRANK fue el padre de la teoría normativa de la culpabilidad (p. 103).

La *moderna teoría de la imputación* consiste, en sus líneas más importantes, aquello que expuse anteriormente en el (ítem II): conjunto de presupuestos que hacen que una causación sea causación típica, estos son la creación y la realización de un riesgo no permitido en un resultado. Lo que diferencia, a mi parecer, la teoría moderna de las primeras teorías, y justifica que estas sean consideradas como meras precursoras, y no como formas menos desarrolladas de la moderna teoría de la imputación, son dos factores: en primer lugar, la formulación moderna trabaja con la idea de riesgo o de peligro, que aún no estaba presente de forma explícita en las primeras construcciones y; en segundo lugar, la formulación moderna desarrolla una serie de criterios de exclusión de la imputación, mientras que las teorías primitivas se agotaban, fundamentalmente, en excluir los resultados imprevisibles¹⁸.

a) Larenz

Corresponde al civilista y filósofo del derecho Karl LARENZ el mérito de redescubrir el concepto de *imputación* para el Derecho. En su tesis de doctorado, de 1927, sobre “La teoría de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva”¹⁹, LARENZ busca

¹⁸ También destaca las diferencias entre la antigua y la moderna teoría de la imputación ROXIN, *A teoria da imputação objetiva*, traducción realizada por mi persona de “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, originalmente publicada en Chengchi Law Review, vol. 50, mayo 1994, (Edición especial para el Simposio Taiwanés-Alemán-Español de Derecho Penal), ítem V, 2, a ser publicada próximamente en la Revista Brasileira de Ciências Criminais.

¹⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpresión de la edición de 1927, Scientia, Aalen, 1970. Las citas entre paréntesis presentes en este apartado se refieren siempre a este libro. Sobre la teoría de LARENZ, cf., también, Elena LARRAURI, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, ADPCP n. 41, (1988), p. 715 y ss., (p. 733 y ss.); ROXIN, *A teoria....*, V 2; SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*

los fundamentos para una teoría de la imputación en la filosofía de Hegel. Inicialmente, LARENZ se limita a exponer el pensamiento de Hegel²⁰, para solo más adelante intentar adaptarlo a las exigencias del Derecho.

Para Hegel, la *libertad* es inherente al hombre como sujeto racional²¹. Esta libertad se manifiesta en el mundo a través de la *voluntad*, de la voluntad libre, de la voluntad moral. La voluntad, por su parte, se exterioriza bajo la forma de una *acción*²². Por tanto, la acción es una objetivación de la voluntad. La voluntad tiene el poder de controlar los cursos causales en un determinado sentido, de manera que el resultado de todo este emprendimiento se puede considerar, al final, *obra* del sujeto. Es la voluntad la que anima a nuestras acciones, es ella la que hace que una acción sea una acción.

De ello, ya se revela el problema básico que la teoría de la imputación busca resolver: dentro de las diversas consecuencias de nuestros actos, ¿cuáles deben ser atribuidas como nuestra obra? ¿cuáles deben ser entendidas como mera casualidad? La teoría de la imputación intentará justamente distinguir *acción* de *casualidad*²³. “La imputación trata sobre la siguiente pregunta: ¿qué es lo que se puede atribuir a un sujeto como su acción para que pueda ser res-

en derecho penal, Civitas, Madrid, 1996, p. 21 y ss. (p. 22 y ss.); CHAVES CAMARGO, *Imputação objetiva...*, p. 61 y ss.

²⁰ Estoy omitiendo las consideraciones iniciales (pp. 1-29), en las que LARENZ analiza y critica el pensamiento de Kant, mostrando la necesidad de superar sus contradicciones inherentes con base en el método dialéctico hegeliano, y resumiendo considerablemente la exposición de la filosofía de Hegel, por ser de difícil comprensión, lo que llevaría a extrapolar el marco del tema.

²¹ “La voluntad libre es la voluntad racional” (p. 46).

²² “La libertad es la determinación fundamental de la voluntad, su esencia, su identidad” (p. 45).

²³ “La imputación no es nada más que el intento de distinguir el acto propio de aquello que ocurre por casualidad” (p. 61).

ponsabilizado?" (p. 51). La imputación objetiva "nos dice, por tanto, cuándo un acontecimiento es acto de un sujeto" (p. 51).

Si la acción es, en esencia, la voluntad, lo que estuviera contenido en esta voluntad, será atribuible al sujeto. Aparece, aquí, la idea de *finalidad*: "Son imputadas aquellas consecuencias que forman un todo con la acción, la cual es dominada por una finalidad" (p. 54). Lo casual, obviamente, será aquello que no está comprendido en la voluntad, en la finalidad. "Es casualidad todo aquello que es extraño a la voluntad, lo que no es conocido" (p. 52). Nótese que, según la lectura que realiza LARENZ a Hegel, este solo reconocería la imputación de acciones dolosas; mientras que la culpa jamás sería imputada al sujeto, porque es exterior a su voluntad²⁴. Lo que estuviera comprendido en la voluntad del agente, es un acto suyo; por el contrario, lo que no se encuentre allí, es casualidad, no pudiendo imputársele.

En la segunda parte de su libro, LARENZ intenta aplicar la construcción de Hegel en el campo del Derecho. LARENZ desea, fundamentalmente, corregir la estrechez del concepto hegeliano de acción que desconoce la responsabilidad fuera de los casos del dolo. Para ello, mantiene toda la construcción de Hegel, principalmente, la concepción de que la voluntad constituye la esencia de la acción, por tanto, solo siendo posible imputar a alguien aquello que este comprendido en su finalidad. Sin embargo, mientras que Hegel hablaba de imputación a un sujeto, LARENZ pasó a poner su atención sobre una idea nueva, bastante presente en la Filosofía del Derecho de Hegel²⁵: la idea de *persona*. "La persona es el hombre no en cuanto ser natural, sino en cuanto ser racional, portador de

²⁴ Este punto es, sin embargo, bastante controvertido entre los intérpretes de HEGEL. Para un panorama actual de las discusiones, vide LESCH, *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln etc., 1999, pp. 100/101, p. 125 y ss., que adopta punto de vista contrario al de LARENZ.

²⁵ Es famoso el imperativo que figura como idea central en la filosofía jurídica de HEGEL: "sé una persona, y respete a los otros en cuanto personas"

una razón supraindividual, sujeto y espíritu” (p. 63). La noción de sujeto individual, hombre físico, presente en Hegel, conduce a la idea normativa de persona como ser racional. Con base en esa idea, que se desvincula del individuo específico, colocándose en un nivel genérico, objetivo, también la finalidad deja de ser aquello que el individuo efectivamente previó y quiso, para pasar a comprender a todo aquello que objetivamente la acción tendía a alcanzar.

“El concepto de finalidad no debe ser comprendido de modo subjetivo, sino objetivamente; no podemos contentarnos con imputar aquello que fue conocido y querido, sino también debemos imputar aquello que podría ser conocido y comprendido por la voluntad, que era el posible objeto de la voluntad” (p. 68). En consecuencia, se vuelve posible imputar como obra de la persona aquellas consecuencias comprendidas en la finalidad objetiva de la acción, esto es: todo aquello que sea *objetivamente previsible*. LARENZ termina el libro analizando la imputación de omisiones (p. 85 y ss.) y la responsabilización por el acto imputado (en el plano de la antijuridicidad y de la culpabilidad – p. 89 y ss.), con especial atención en los fundamentos de la responsabilidad con base en la idea del riesgo, bastante común en el Derecho Civil (p. 103 y ss.).

En *síntesis*, LARENZ acabó por erigir la “posibilidad de la previsión” (p. 77) (previsibilidad) como criterio de imputación. Esta posibilidad no debe ser analizada subjetivamente, sino objetivamente: no es el autor en concreto, sino la persona, el ser racional, que debe estar en condiciones de prever un determinado acontecimiento (p. 84). *Por tanto, las consecuencias objetivamente previsibles son atribuibles a la persona en cuanto ser racional.*

La importancia del pequeño escrito de LARENZ difícilmente puede decirse sobrevalorada, pues tuvo, primeramente, el mérito de redescubrir el concepto de imputación y presentarlo a los juristas que lo habían olvidado bajo la influencia del naturalismo. Y justamente

(*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4^a edición, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1955, § 36, p. 52).

por formular, antes que nada, una teoría de la acción – como vimos, para LARENZ la imputación determina qué es obra o acción de un sujeto – su trabajo influenció de modo decisivo el inicio del debate en torno al concepto de acción. Es poco sabido, sin que por ello sea menos verdadero, que la primera formulación de la teoría finalista de la acción, de 1931, fue marcadamente influenciada por la teoría de la imputación de LARENZ²⁶. Inclusive, WELZEL, padre del finalismo, llega a señalar la identidad de resultados entre su teoría y la de LARENZ²⁷. Por más increíble que parezca, es muy posible afirmar que la teoría finalista de la acción y la imputación objetiva tal como la conocemos hoy sean hermanas, y ambas hijas de la teoría de la imputación de LARENZ.

b) Honig

Algunos años después de la contribución de LARENZ, HONIG decide llevar la idea de la imputación para el Derecho Penal²⁸. HONIG, en alusión a la crisis en que se encontraba la teoría de la

²⁶ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, en: ZStW 51 (1931), p. 703 y ss.; en este estudio, WELZEL todavía no hablaba de finalidad, sino de “intencionalidad” (p. 709), y al presentar su concepto de acción, se refiere, claramente, al término “imputación objetiva”: “Un hecho propio o una acción pertenece a un sujeto, siéndole, en este sentido, *objetivamente imputable*, si el resultado descrito en el tipo fuera determinado intencionalmente (*sinnhaft gesetzt*) por el autor, o su evitación le fuera previsible e intencionalmente determinable” (p. 720 – el resaltado es nuestro).

²⁷ WELZEL, *Kausalität...*, p. 719, nota 30: “Por tanto, nos alegra que lleguemos a los mismos resultados que la bella exposición de Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, a pesar de que nuestro punto de partida sea completamente diverso”.

²⁸ HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en: Hegler (ed.), *Festgabe für Reinhardt v. Frank*, vol. I, Mohr, Tübingen, 1930, p. 174 y ss.. Las citas entre paréntesis en este apartado se refieren siempre a este trabajo. Sobre HONIG, vide, además, ELENA LARRAURI, *Notas preliminares...*, p. 738 y ss.; ROXIN, *A teoria...*, V 2; CHAVES CAMARGO, *Imputação objetiva...*, p. 63.

causalidad, afirma que el Derecho no puede considerar suficiente el nexo causal entre un comportamiento y un resultado, ya que será necesario un nexo normativo, construido según las necesidades del orden jurídico, para que una causación adquiera importancia para el Derecho (p. 175). Contrariamente a la causalidad, este problema —que HONIG denomina de imputación objetiva— es estrictamente *axiológico* (p. 178). El juicio de imputación objetiva se dirige, justamente, a “resolver la cuestión axiológica en cuanto a la relevancia del nexo causal para el orden jurídico” (p. 179). Como LARENZ, HONIG piensa que solamente las acciones humanas son relevantes para el Derecho; por tanto, la acción humana es el objeto exclusivo del juicio de imputación (p. 182). Sin embargo, a diferencia de LARENZ, HONIG dice construir su modelo con independencia de cualquier filosofía, partiendo, únicamente de la Teoría General del Derecho (p. 182).

El comportamiento humano es una exteriorización de la voluntad (p. 183). Es a través de la voluntad que el hombre interviene en la naturaleza, controlando los cursos causales para alcanzar sus fines (p. 183). No obstante, la voluntad aquí no debe ser comprendida en términos subjetivos como aquello que el autor pretendía, sino más bien en términos objetivos como aquello que podía ser pretendido (p. 183). Por consiguiente, esta dirección objetiva de la voluntad es el punto clave en el juicio de imputación: “Como es justamente una intervención orientada a un fin que constituye la esencia del comportamiento humano, la *dirigibilidad objetiva a un fin* (*objektive Bezweckbarkeit*)²⁹ es el criterio para la imputación de un resultado

²⁹ No existe consenso acerca de cuál es la traducción más adecuada. MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, p. 35, nota al pie de página 127, recoge los diversos intentos de los traductores españoles y opta por “posibilidad objetiva de pretender”. Lo esencial es entender la estructura del neologismo de HONIG: *Bezweckbarkeit*, sustantivo, viene del adjetivo *bezwecbar* (aquel que puede ser pretendido, objetivado, ansiado, buscado); la terminación *-keit* convierte en sustantivo al adjetivo.

y, por tanto, para distinguirlo de un acontecimiento fortuito. *Será imputable aquel resultado que se pueda considerar dirigido a un fin*" (p. 184; énfasis en el original). De este modo, como él mismo resalta, HONIG acaba por llegar a conclusiones idénticas a las de LARENZ como a la exclusión de la imputación de resultados imprevisibles, no comprendidos en la dirección objetiva de la voluntad.

Además, HONIG resalta que, en realidad, la teoría de la imputación objetiva es una teoría de la acción; sin embargo, para él, al Derecho Penal solamente le interesan las acciones típicas. "Si la actuación de la voluntad no es típica, no será una acción en el sentido que le interesa al Derecho Penal" (p. 195). En este punto, HONIG diverge de LARENZ, que estaba desarrollando una teoría de la acción en general: para HONIG, la teoría de la imputación es una teoría de la acción, pero de la acción típica. En lo que resta del trabajo, HONIG intenta llevar su teoría para el ámbito de la omisión (p. 189 y ss.) y de la autoría y participación (p. 197 y ss.).

Realizando una confrontación entre HONIG y LARENZ, puede repetirse, a manera de *síntesis*, que mientras el último se apoyaba expresamente en Hegel, el primero buscaba verse libre de cualquier referente intelectual. Por otro lado, mientras LARENZ construye un concepto de acción, HONIG trabaja sobre la acción típica. No obstante, ambos están empeñados, principalmente, en distinguir la acción de un sujeto de aquello que ocurre por mera casualidad, llegando a idénticos resultados prácticos con base en un criterio que solo difiere en su denominación.

El *mérito* de HONIG no es solo haber sido el primero que, en el ámbito específicamente penal, habló de imputación objetiva, pues mucho de lo que se encuentra en su trabajo es válido hasta la actualidad, en especial, la claridad con la que distingue la cuestión ontológica (causalidad) de la cuestión normativa, axiológica (imputación). Igualmente, el hecho de vislumbrar en la teoría de la imputación una teoría no de la acción, como quería LARENZ, sino más bien de la acción típica, y su negativa de fundamentar su concepción en la filosofía hegeliana abren la posibilidad de que se dé funcionalidad a la teoría con consideraciones relacionadas a los

fines del Derecho Penal. Y es justamente ello lo que hará ROXIN, en su fundamental estudio de 1970 —dedicado a HONIG— en el cual hace nacer a la moderna teoría de la imputación objetiva³⁰.

3. Los precursores de la “moderna” teoría de la imputación

Los años pasaron, y la ciencia del Derecho Penal no dejó de avanzar, sin embargo, la palabra imputación fue desapareciendo poco a poco. No obstante, los problemas para los cuales fue creada (cursos causales imprevisibles), así como aquellos que la moderna teoría de la imputación actualmente resuelve, se mantuvieron presentes en el debate. De allí la razón por la que se puedan considerar a muchas de las teorías discutidas en los años de silencio en torno a la imputación, desde la década del 40 hasta el inicio de la década del 70, como verdaderas precursoras de la teoría actual de la imputación objetiva.

Muchas de estas teorías, que a continuación serán expuestas, son conocidas por el público brasileño. Pese a ello, mi preocupación estará menos en presentarlas en detalle que en demostrar en qué medida estas posibilitaron el surgimiento de la moderna teoría de la imputación.

a) La teoría de la causalidad adecuada

Como sabemos, la *teoría de la equivalencia* considera como causa a todo aquello que contribuye al resultado, es decir, será causa toda condición para que este ocurra³¹. Esta teoría, que acabó por consoli-

³⁰ ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, DeGruyter, Berlin, 1972, p. 123 y ss., publicado originalmente en *Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1970, p. 133 y ss. (el artículo se encuentra traducido al portugués, Ana Paula Natscheradetz, en el libro *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 145 ss.).

³¹ Cf., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a edición, Duncker & Humblot, Berlin, p. 279, con referencias; entre nosotros, BITENCOURT, *Manual...*, p. 178 y ss..

darse en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, en gran parte por la influencia de v. BURI³², llevaba, sin embargo, a serias injusticias en algunos casos, especialmente en los llamados delitos cualificados por el resultado. Antes de la reforma de 1953, que introdujo un nuevo § 56 en el entonces vigente Código Penal Alemán, para que alguien respondiese, p. ej., por lesiones corporales seguidas de muerte era suficiente haber practicado dolosamente la primera acción, causando —¡aún sin dolo o culpa!— el resultado cualificado³³. Aquel que hiriese dolosamente a la víctima que, luego, fallezca por causa de un accidente con la ambulancia, respondería por el delito cualificado por el resultado: lesiones corporales seguidas de muerte. De modo que, para evitar una punición sin culpa, la teoría de la adecuación comenzó a ganar adeptos en la doctrina³⁴. Hoy, después de la reforma

³² P. ej., v. BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, L. Gebhardt's Verlag, 1873; el mismo autor, *I - Willensfreiheit. II - Unterlassung. III - Causalität und Theilnahme*, en: *Gerichtssaal* 56 (1899), p. 418 y ss., (p. 449 y ss.).

³³ JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 261; para los detalles de la evolución legislativa hasta la reforma de 1953, cf. RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Mohr, Tübingen, 1986, p. 54 y ss., especialmente la p. 60.

³⁴ En la doctrina más antigua, vide, por todos, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Lippert & Co., Naumburg, 1904, p. 115 y ss.; LIEPMANN, *Zur Lehre von der adäquaten Verursachung*, en: GA 1905, p. 326 y ss.; en la doctrina más próxima a la reforma legislativa, véanse ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8^a edición, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1922, p. 109; Robert v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, Springer, Berlin, 1930, (reedición, Scientia Verlag, Aalen, 1971), p. 145; en la posterior a la reforma, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4^a edición, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 203 y ss.; el mismo autor, *Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?*, en GA 1960, p. 97 y ss., (p. 103); SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3^a edición, DeGruyter, Berlin, 1955, p. 79. Algunos autores como RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902, p. 65 / 389 (el libro presenta dos numeraciones paralelas), querían adoptar la teoría de la adecuación únicamente para los delitos cualificados por el resultado.

legislativa y el desarrollo de una teoría de la imputación, posee un número reducido de defensores³⁵.

Si para la teoría de la equivalencia causa es toda condición del resultado, para la teoría de la adecuación causa será únicamente la *condición adecuada del resultado*, esto es, aquella condición “que, según las relaciones comunes de la vida social, posea idoneidad genérica para producir tales lesiones”³⁶. En otras palabras, será causa aquella condición adecuada que produzca el resultado de modo previsible. Las condiciones imprevisibles del resultado no serán causa en sentido jurídico. Sin embargo, ¿en qué consiste esa previsibilidad? A pesar de las innumerables formulaciones que, de inicio, la teoría presentó para concretizar la previsibilidad³⁷, sus defensores acabaron por ponerse de acuerdo acerca del criterio de la *prognosis póstuma-objetiva*: será previsible todo aquello que un hombre prudente, dotado de los

³⁵ Se destacan, sobre todo, BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a edición, Beck, München, 1987, p. 64 y ss.; y STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a edición, Carl Heymanns, Köln etc., 2000, § 8/21 y ss..

³⁶ En ese sentido, la formulación de la teoría por su creador, V. KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte*, en: ZStW 9 (1888), p. 528 y ss., (p. 532).

³⁷ Una exposición detallada se encuentra en TRAEGER, *Der Kausalbegriff...*, p. 130 y ss.; y GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, Disertación Hamburg, 1962, p. 15 y ss.. Nótese, curiosamente, que el primer autor acaba por formular la teoría de la adecuación de manera bastante cercana (pero no idéntica, por adoptar una perspectiva *ex ante*) al principio de riesgo, de Roxin (más adelante, IV, 1): “Una acción o hecho que se muestre *conditio sine qua non* de un determinado resultado será su condición adecuada cuando fuera una circunstancia genéricamente favorecedora de resultados de la especie ocurrida, es decir, cuando genéricamente hubiera elevado la posibilidad objetiva del resultado de un resultado de la especie de lo ocurrido de modo no irrelevante (p. 159). Esta referencia a “las acciones que aumentan las posibilidades de producción del resultado lesivo” ya se encuentra en v. KRIES, *Über die Prinzipien...*, p. 532.

conocimientos medios adicionados a los conocimientos especiales que el autor por ventura disponga, en el momento de la práctica de la acción (esto es, *ex ante*) entienda como tal³⁸. Por consiguiente, para que se examine si una acción (p. ej., enviar al tío a un viaje en avión) es o no causa adecuada del resultado (muerte en atentado terrorista), es suficiente que se pregunte si un hombre prudente, colocado en la posición del autor, tendría la posibilidad de prever el resultado. Es claro que en este ejemplo del atentado terrorista no existirá causalidad debido a la inexistencia de previsibilidad. Sin embargo, si el autor supiese del atentado terrorista, el juicio de previsibilidad objetiva debería ser formulado partiéndose también de estos conocimientos especiales. Por tanto, la respuesta sería otra: el autor, aquí, habría causado el resultado.

No obstante, al procurar un concepto jurídico de causalidad, la teoría de la adecuación acaba por excederse en su oposición al naturalismo. Como ya había destacado HONIG³⁹, esta teoría no distingue con claridad el problema ontológico de la causalidad, del problema axiológico de la imputación. El juicio de previsibilidad, a pesar de aparentemente ser un juicio de hecho, una verificación, es una valoración: se trata de la previsibilidad según el hombre prudente. Negar la causalidad en este ejemplo del atentado terrorista es ir demasiado lejos, dado que existe el nexo causal entre la acción y el resultado. En realidad, este nexo causal, únicamente, es irrelevante para el Derecho por ser inadecuado. De allí la razón por la que la doctrina moderna rechaza la adecuación como teoría de la causalidad, para considerarla más bien una teoría de la imputación⁴⁰.

³⁸ Cf. los actuales defensores de la teoría de la adecuación, BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht...*, p. 66; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, § 8/22; defendiéndola, entre nosotros, COSTA JR., *Nexo causal*, 2^a edición, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 106; REALE JR., *Teoria do delito*, RT, São Paulo, 1998, p. 180.

³⁹ HONIG, *Kausalität...*, p. 177 y ss..

⁴⁰ P. ej., ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/38; MAURACH / ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 8^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, § 18/35.

La *importancia* de la teoría de la adecuación, sin embargo, está en dos factores: en primer lugar, proporciona pruebas de la insuficiencia de un tratamiento exclusivamente causal-naturalístico de la realización del tipo. Como vimos, el principal incentivo de la teoría de la adecuación fue resolver, de modo político-criminalmente satisfactorio, la problemática de los delitos cualificados por el resultado, que no conseguía una respuesta defendible de parte de aquellos que entendían que el tipo estaba configurado únicamente con la causación —en el sentido de la teoría de la equivalencia— de un resultado. En segundo lugar, al excluirse todo lo que sea imprevisible del campo de lo penalmente relevante, esto es, todo lo que se produzca por casualidad, esta teoría no deja de realizar una importante tarea a la cual no puede escaparse ninguna teoría de la imputación. Aún con la diversidad de los puntos de partida y de la terminología aplicada por LARENZ e HONIG, no consiguieron, en el campo práctico, ir más allá de las consecuencias de la teoría de la adecuación. Asimismo, es por ello que la mayor parte de los autores reservó a la teoría de la adecuación un lugar entre los diversos *tópicos* que componen a la imputación objetiva⁴¹. Finalmente, la idea de que el autor debe crear un riesgo, un riesgo no jurídicamente irrelevante, y el criterio de la prognosis póstuma objetiva, son aplicaciones claras de la teoría de la adecuación.

⁴¹ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/50; cf., tb., el estudio de TRIFFTERER, *Die „objektive Voraussehrbarkeit“ (des Erfolgs und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, en: Art. Kaufmann etc. (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 1979, p. 201 y ss., que intenta demostrar en qué medida la previsibilidad objetiva (o sea, la adecuación, p. 213) es elemento del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos. Uno de los pocos críticos acérrimos es JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin/New York, 1991, § 7/33 y ss..

b) La teoría de la relevancia

La teoría de la adecuación, como vimos, se encuentra en un dilema: de un lado, su fecundidad práctica y, de otro lado, se enfrenta a su insustentabilidad teórica. MEZGER es quien señala el camino para la solución de este dilema, consiguiendo una formulación que llega a los resultados deseables de la teoría de la adecuación, aunque con otros fundamentos teóricos.

Para MEZGER, la teoría de la equivalencia es la única teoría correcta para la causalidad⁴². La causa será, exactamente, toda condición del resultado. A pesar de ello, al decidirse si un determinado hecho es o no causa, no se dice todavía nada acerca de su relevancia para el Derecho: el problema de la teoría de la equivalencia es “igualar, equivocadamente, nexo causal y nexo de responsabilidad” (p. 116). Lo que los tipos entienden por causa va más allá del sentido que la teoría de la equivalencia atribuye a esta palabra. Para el Derecho Penal, solo será típica la causación que se pueda considerar relevante (p. 122). “El hecho de que todas las etapas de una cadena causal sean causalmente equivalentes no implica su equivalencia jurídica” (p. 122). Será causa típica aquella condición relevante del resultado.

¿Pero en qué consiste este juicio de *relevancia*? Para comenzar, este engloba dentro de sí el juicio de *adecuación* (p. 123). Será irrelevante todo aquello que fuera imprevisible para el hombre prudente situado en el momento de la práctica de la acción. Solo lo objetivamente previsible es causa relevante de un resultado (p. 124). No obstante, MEZGER va un poco más allá de la teoría de la adecuación al trabajar, simultáneamente, con un segundo criterio: *la interpretación teleológica de los tipos*⁴³. Aquí no es posible enumerar

⁴² MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3^a edición, Duncker & Humblot, Berlin & München, 1949, p. 109, p. 122. Los números de página referidos entre paréntesis en el presente apartado pertenecen a este libro.

⁴³ En lo citado *Lehrbuch*, MEZGER hace referencia a este criterio, aunque parece que este en nada difiere a la adecuación (p. 123). Ya en MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin,

nada genérico: será el *telos* específico de cada tipo de la parte especial lo que dirá qué no puede ser considerado relevante. P. ej., en el famoso caso de la inundación⁴⁴ —el autor arroja un balde de agua en los torrentes que acaban por hacer explotar una represa y la corriente de agua avanza sobre la ciudad— el autor, ciertamente, habría causado el resultado en su forma concreta (la inundación con exactamente X litros de agua), y lo habría hecho de modo objetivamente previsible. Sin embargo, verter un balde con agua en una inundación no se puede considerar relevante en frente del tipo de inundación.

La gran *importancia* de la teoría de MEZGER está, en primer lugar, como antes ya lo hiciera HONIG, en haber separado el problema ontológico (causalidad) del problema normativo (relevancia). La teoría de la adecuación, como vimos, confundía estas dos etapas del pensamiento, lo que llevaba a fricciones teóricas. En segundo lugar, al recurrirse a la interpretación de los tipos, la teoría de la relevancia abre las puertas para que se introduzcan consideraciones teleológicas también más generales, como la idea de los fines del Derecho Penal y de los fines de la pena, sobre las cuales ROXIN y su escuela acabarán erigiendo la moderna teoría de la imputación objetiva. La falla de MEZGER fue considerar tales puntos de vista interpretativos

1950, p. 15, el autor resalta que la teoría de la relevancia no es solo “una teoría de la adecuación con otro nombre”; pues esta no presta atención al punto de vista decisivo para el derecho, “los tipos penales” (de la misma forma, MEZGER-BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 15^a edición, Beck, München, 1973, p. 78). E BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18^a edición, Beck, München, 1983, p. 104, (la última edición del libro de MEZGER), en la que ni si quiera se refiere a la idea de adecuación al exponer la teoría de la relevancia (p. 104), resaltando con claridad el carácter formal de su teoría, que no presenta criterios genéricos. La relevancia de una causación solo podrá ser analizada “a través de la interpretación del tipo específico”.

⁴⁴ El ejemplo parece remontarse a v. BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, L. Gebhardt's Verlag, 1873, p. 69, que, sin embargo, niega la causalidad.

como un problema exclusivamente de la parte especial, dejando de desarrollar lo que había de universalmente válido en su concepción⁴⁵.

c) La teoría de la adecuación social

Otra formulación teórica que puede ser señalada como precursora de la teoría de la imputación objetiva es la idea de la adecuación social⁴⁶. WELZEL, en su clásico trabajo de 1939, en el que por primera vez acuñó el concepto de adecuación social, decía que jamás serán típicas aquellas acciones que, a pesar de ser formalmente subsumibles en los tipos, “permanezcan funcionalmente integradas a la organización de la vida comunitaria de un pueblo en un determinado momento histórico”⁴⁷. Por ejemplo, la acción del sobrino que manda al tío al bosque esperando que sea alcanzado por un rayo —lo que finalmente ocurre— se mueve dentro de los límites de lo socialmente adecuado, de modo que su acción, aun cuando sea causadora del resultado, no es típica⁴⁸. De la misma manera, los regalos de navidad comúnmente

⁴⁵ En este sentido, p. ej., JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 286; ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/38.

⁴⁶ Sobre la teoría de la adecuación social como precursora de la imputación objetiva, cf. CANCIO MELIÁ, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtung zur Lehre von der Sozialadäquanz*, en: GA 1995, p. 179 y ss. (versión española en: ADPCP 1993, p. 697 y ss.); SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, en: GA 1999, p. 207 y ss. (p. 211 – hay traducción al español, de Mariana Koster, en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 219 y ss.).

⁴⁷ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin / New York, 1975, p. 120 y ss., p. 141 (originalmente: ZStW 58 (1939), p. 491 y ss.). Sobre este trabajo, y exponiendo el aspecto histórico de la teoría de la adecuación social, cf. MÖRDER, *Die soziale Adäquanz im Strafrecht*, Diss. Saarbrücken, 1960, p. 5 y ss.; BERNERT, *Zur Lehre von der "sozialen Adaequanz" und den "sozialadæquaten Handlungen"*, N. G. Elvert Verlag, Marburg, 1966, p. 5 y ss. (que la rechaza). Para la última manifestación de WELZEL, vide *Das deutsche Strafrecht*, 11^a edición, DeGruyter, Berlin, 1969, p. 56.

⁴⁸ El ejemplo ya se encontraba en *Studien...*, p. 142.

dados a funcionarios públicos tampoco configurarían el tipo de corrupción ni las privaciones de la libertad al que todos se someten dentro de un transporte público, que solo para en determinados puntos, no podrían, igualmente, ser consideradas un secuestro⁴⁹.

La *fundamentación* que ofrece WELZEL a su teoría de la adecuación social guarda bastante cercanía —mas no identidad— con la que se acostumbra a dar a la idea del riesgo permitido⁵⁰. WELZEL introduce el concepto de adecuación social después de una crítica al dogma causal, en concreto, a la idea de lesión al bien jurídico y a la absolutización del desvalor del resultado⁵¹. “La teoría de la lesión al bien jurídico... no es más que el correlato del dogma causal en el ámbito de la antijuricidad”⁵². Sin embargo, cabe señalar que tal teoría descansa sobre un error fundamental: separar el bien jurídico de la realidad social, alejarlo de la vida y posicionarlo en un mundo estático, de modo análogo a las “piezas de un museo, que son cuidadosamente protegidas en las vitrinas de influencias lesivas, solamente expuestas a las miradas de los espectadores”⁵³. No obstante, el bien jurídico solo existe en la realidad social, en la medida en que este “en función”: “vida, integridad física, propiedad, etc, no poseen una simple existencia, por el contrario, su existencia es estar-en-actividad”⁵⁴. En consecuencia, aquellas acciones, que a pesar de ser causales para la destrucción de un bien jurídico, realicen la verdadera vocación de este, su función en la vida social, no podrán ser consideradas típicas. Estas acciones son consideradas socialmente adecuadas.

⁴⁹ Ambos en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, p. 56. Una lista de los ejemplos encontrados en la doctrina, en general, se encuentra en HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en: ZStW 74 (1962), p. 78 y ss., (p. 87 y ss.), que después pasa a criticarlos, uno a uno.

⁵⁰ Al respecto, vide más adelante, IV, 3, a.

⁵¹ WELZEL, *Studien...*, p. 133 y ss..

⁵² WELZEL, *Studien...*, p. 135.

⁵³ WELZEL, *Studien...*, p. 140.

⁵⁴ WELZEL, *Studien...*, p. 140.

Debido a su imprecisión, la teoría de la adecuación social es predominantemente rechazada por la doctrina. En la actualidad, esta parece reducida a un *criterio de interpretación*⁵⁵: los elementos de los tipos deben ser concretizados de tal manera que no comprendan hechos socialmente adecuados.

Sin embargo, ¿en qué sentido se puede considerar a la adecuación social como un *precursor de la imputación objetiva*? Para empezar, la fundamentación ya expuesta, dada por WELZEL a la adecuación social, es bastante cercana a la que se ha dado al riesgo permitido⁵⁶. Esta se basa en la idea de que no es posible para el Derecho Penal proteger los bienes jurídicos contra todos los peligros imaginables, pues de lo contrario la vida social tendría que ser paralizada y los intereses del derecho a la libertad serían obstaculizados. WELZEL solo va un poco más allá, al dispensar por completo de la idea de protección de bienes jurídicos como fin del Derecho Penal. En segundo lugar, la adecuación social fue construida para solucionar problemas (como el caso del sobrino) que, en parte, hoy son resueltos en el ámbito de la imputación. El rechazo que sufrió en la doctrina dominante tiene como uno de sus principales motivos el hecho de que la imputación

⁵⁵ Así, especialmente ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, en: Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug*, vol. I, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983, p. 303 y ss., p. 310; y también el propio WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, p. 58. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, pp. 252/253, consideran a la idea de la adecuación social, por un lado, como “indispensable”, pero a causa de su imprecisión prefieren utilizarlo solamente cuando no haya otro instrumento dogmático a disposición (p. 253). Defendiéndola, a pesar de todo, y dándole la función de eximente de tipicidad en el segundo grupo de casos de ROXIN (cf. la nota inmediatamente abajo), el reciente estudio de ESER, ‘Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?’, en: Schünemann etc., *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 199, (p. 211). En la doctrina española, p. ej., MUÑOZ CONDE, en: MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, *Derecho penal - Parte General*, 3^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 286.

⁵⁶ Sobre esta fundamentación, más adelante, IV, 3, a.

objetiva se muestre más apta para resolver estos problemas que la imprecisa idea de adecuación social⁵⁷. En tercer lugar, la adecuación social, como riesgo jurídicamente irrelevante o riesgo permitido, representa un punto de vista objetivo, en principio independiente de la psique del autor, para limitar el alcance de los tipos. Por lo tanto, las relaciones entre inadecuación social y el riesgo jurídicamente desaprobado son obvias⁵⁸. Por lo mencionado, varios autores, prácticamente, confunden los dos criterios, o consideran que uno es elemento del otro. P. ej., WELZEL consideraba el riesgo permitido un “caso específico” de la adecuación social⁵⁹; mientras que, KRAUB entiende como idénticos a la adecuación social y a la observancia del cuidado objetivo, en el delito culposo⁶⁰ (que no es más que el riesgo jurídicamente desaprobado); por su parte, ROEDER ni siquiera habla de riesgo no permitido, sino de “riesgo socialmente inadecuado”⁶¹; y finalmente, para JAKOBS, todo el primer nivel de la imputación objetiva (la creación del riesgo jurídicamente desaprobado) no contiene nada más que “explicaciones de la adecuación social”⁶².

d) La teoría social de la acción

Actualmente, los defensores de esta teoría acostumbran a definir a la acción como el “comportamiento humano socialmente

⁵⁷ P. ej., ROXIN, *Bemerkungen...*, p. 310 y ss., estudio en el que se divide los casos solucionados por la adecuación social en dos grandes grupos: aquellos a ser resueltos en el ámbito de la imputación objetiva y aquellos a ser excluidos de los tipos por medio de la interpretación teleológica y el principio de la insignificancia.

⁵⁸ Al respecto, específicamente, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1993, p. 291 y ss..

⁵⁹ WELZEL, *Studien...*, p. 143.

⁶⁰ KRAUB, *Erfolgswert und Handlungsunwert im Unrecht*, en: ZStW 76 (1964), p. 19 y ss., (p. 47).

⁶¹ ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, p. 28 y ss..

⁶² JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/4.

relevante”⁶³, “comportamiento socialmente relevante, dominado o dominable por la voluntad humana”⁶⁴. Estas formulaciones, bastante próximas a las del creador de la teoría social de la acción, Eberhard SCHMIDT que la conceptúa como “comportamiento dotado de sentido social”⁶⁵, a primera vista, parecería que se asemejan poco a aquellas pertenecientes a la moderna teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, las clásicas formulaciones de ENGISCH y MAIHOFER revelan una relación que es, en realidad, de las más íntimas. El primero conceptúa a la acción como “la causación voluntaria de consecuencias objetivamente dirigibles por una persona”⁶⁶; por su parte, el segundo la define como “todo comportamiento objetivamente dominable, dirigido a un resultado social objetivamente previsible”⁶⁷. Lo que hacen ambos autores es incluir el juicio de adecuación —que, como vimos, es precursor y parte integrante de la moderna teoría de la imputación objetiva— dentro de su concepto de acción⁶⁸. En ese

⁶³ JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 223.

⁶⁴ WESSELS / BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 30^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, número de margen 93.

⁶⁵ Eb. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Theodor Weicher Verlag, Leipzig, 1939, p. 75.

⁶⁶ ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, en: *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, DeGruyter, Berlin, 1944, p. 141 y ss., (p. 164). El autor utiliza la misma terminología que acuñó HONIG, (cf. anteriormente, nota 29), sin que, sin embargo, le haga referencia. Vide, además, ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2^a edición, Carl Winter Verlag, Heidelberg, 1965, p. 38: “Para el jurista, acción significa la causación voluntaria de consecuencias calculables y socialmente relevantes”.

⁶⁷ MAIHOFER, *Der soziale Handlungsbegriff*, en: Bockelmann / Gallas (eds.), *Festschrift für Eb. Schmidt*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, p. 156 y ss., (p. 178). Véase, igualmente, la formulación anterior, en MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1953, p. 72: “‘Acción’ es el comportamiento dirigido a la causación de lesiones a bienes jurídicos-penalmente protegidos”.

⁶⁸ Así, expresamente, ENGISCH, *Der finale...*, p. 161. Sobre la teoría de la adecuación, cf. anteriormente, III, 3, a.

sentido, solo integrarán la acción humana aquellas consecuencias objetivamente previsibles, lo que es bastante próximo al concepto de acción de LARENZ, anteriormente expuesto. Con eso, se llega a un concepto de acción eminentemente jurídico, normativo⁶⁹, lo que convierte a la teoría social de la acción “en realidad no una ‘teoría de la acción’ (...), por el contrario, antes de todo, una teoría del injusto (...) una teoría general de la imputación”⁷⁰.

Los actuales defensores de la teoría social de la acción, como WESSELS y JESCHECK, debido a que acogen la teoría de la imputación objetiva, reducen la *función práctica* del concepto de acción a una dimensión meramente negativa: excluir las no-acciones de cualquier valoración del Derecho Penal⁷¹. Sin embargo, antes de estar desarrollada la moderna teoría de la imputación objetiva, era en el plano del concepto de acción en que se intentaban resolver los innumerables casos que hoy son considerados problemas de imputación. Eb. SCHMIDT, p. ej., afirma que los padres del asesino, a pesar de que causan la muerte de la víctima en el sentido de la teoría de la equivalencia, no cometieron homicidio, debido a que el sentido social del acto de la concepción es completamente diverso del que posee el acto de matar⁷². Asimismo, tampoco las intervenciones quirúrgicas

⁶⁹ Esto es señalado por ENGISCH, *Der finale...*, p. 166.

⁷⁰ MAIHOFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, en: ZStW 70 (1958), p. 160 y ss., (p. 187). Criticando la teoría social justamente por ser una teoría de la imputación, WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtsystems*, 4^a edición, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1961, p. 12 y ss. (hay una traducción brasileña de la traducción española, de Luís Régis Prado, RT, São Paulo, 2001). LUZÓN, *Curso de derecho penal, Parte General*, vol. I, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 377, se dirige al punto de considerar que, en las décadas del 50-60, la imputación objetiva se discutía bajo el rótulo del concepto social de acción.

⁷¹ WESSELS / BEULKE, *Strafrecht...*, número de margen 95 y ss.; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 224.

⁷² Eb. SCHMIDT, *Soziale Handlungslehre*, en: Bockelmann etc. (eds.), *Festschrift für Engisch*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969, p. 339 y ss., (p. 343).

según la *lex artis* —aun cuando sean causantes de la muerte del paciente— poseen la connotación social de una acción de matar⁷³. Así, casos que hoy se resuelven en el plano del riesgo jurídicamente irrelevante (como el de los padres del asesino, que según la fórmula de la *conditio sine qua non*, causarían el resultado) o del riesgo permitido (intervenciones quirúrgicas conformes a la *lex artis* que, aun así, no lograsen salvar la vida del paciente) eran solucionadas por la teoría social de la acción. Sin embargo, no hay duda de que el criterio de la relevancia social es sobremanera impreciso, de modo que la moderna teoría de la imputación objetiva se muestra en todos los aspectos superior a las formulaciones de la teoría social. A pesar de ello, esta crítica no le resta el mérito de ser una precursora de la actual imputación objetiva por haberse ocupado de los mismos problemas y trabajado con construcciones teóricas bastante cercanas.

e) La teoría finalista de la acción

Al lector, tal vez, le parezca extraño que haya colocado a la teoría finalista de la acción entre los precursores de la imputación objetiva, una vez que es conocida la enemistad mortal que se mantiene, de manera recíproca, entre ambas teorías⁷⁴. De hecho, los fundamentos básicos de ambas teorías son simplemente *opuestos*. Para comenzar, una pone el énfasis en lo subjetivo, mientras la otra en lo objetivo. Para el finalismo, lo subjetivo es lo fundamental. La acción es el “ejercicio de la actividad finalista”⁷⁵, el control de los cursos causales

⁷³ Eb. SCHMIDT, *Soziale...*, p. 346 y ss.. En realidad, el autor resuelve el caso a través de una complicada y no muy convincente construcción de un delito omisivo (p. 347).

⁷⁴ Al respecto de la controversia, véase más adelante, IV, 4. Eso sin mencionar que anteriormente, III, 2, a, ya señalé la interesante relación de parentesco existente entre las dos teorías, y, en III, 3, c, mostré de qué manera la creación finalista de la adecuación social también podía ser vista como una antecesora de la imputación.

⁷⁵ WELZEL, *Das deutsche...*, p. 33.

a través de la finalidad. Ya para la imputación objetiva, lo subjetivo, la finalidad, solo importa en la medida en que integre una acción objetivamente peligrosa. En segundo lugar, hay incompatibilidades metodológicas. El finalismo parte de premisas ontológicas, quiere conocer el “ser” de la realidad, para solo después valorarla. Es suficiente conocer el ser de la realidad, su lógica interna (la llamada “estructura lógica-real”), y ya se estará en el camino adecuado para valorarla correctamente⁷⁶. En ese sentido, lo que es una acción prohibida dependerá del ser, de la esencia de la acción como ejercicio de la actividad finalista, esto es, de un concepto pre-jurídico. Es esta teoría la que nos obliga a entender la finalidad, el dolo, como integrantes del tipo⁷⁷. Ya la imputación objetiva, declaradamente o no, parte de premisas normativistas: la realidad no puede resolver problemas jurídicos. Lo que es una acción prohibida no puede ser respondido a través de un concepto pre-jurídico, ontológico, de acción, pues el Derecho tiene autonomía para valorarla de acuerdo con sus objetivos⁷⁸.

⁷⁶ Sobre el método finalista y la utilización de las “estructuras lógico-reales”, en detalle, mi *Introdução...*, p. 127 y ss., con referencias. Cito aquí únicamente un fragmento de WELZEL que también allí referí, por su especial claridad: la teoría finalista de la acción “... parte del axioma de que la materia jurídica y la regulación jurídica no están, o por lo menos no completamente, subordinadas al poder de disposición del legislador, mas de lo que este ya se encuentra vinculado a determinadas estructuras lógico-reales, que en cierta medida le indican cuál sería la regulación correcta, de modo que cuando él las pierda de vista, no alcanzará su objetivo: construirá, mucho más, una regulación inadecuada, contradictoria y con lagunas. Estas estructuras lógico-reales son el objeto eterno de la ciencia jurídica, que también preexisten al legislador” (WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1953, p. 4.)

⁷⁷ NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1951, p. 12; WELZEL, *Strafrecht...*, p. 61.

⁷⁸ Para una comparación detallada entre el método finalista y el funcionalista de construcción de conceptos, cf. GRECO, *Introdução...*, p. 133 y ss..

Sin embargo, el finalismo dio algunas contribuciones que pueden ser consideradas esenciales para que surgiese la moderna teoría de la imputación objetiva. La primera de estas fue entender lo ilícito como contrariedad a una norma de determinación; la segunda, correlacionado a lo primero, fue destacar la presencia de un desvalor de la acción como el punto clave de todos los ilícitos; y la tercera fue la consecuente valorización de la perspectiva *ex ante* en el juicio de ilicitud.

La anterior doctrina al finalismo ignoraba, fundamentalmente, estos tres aspectos. De ese modo, para MEZGER, el injusto se agotaba en el desvalor del resultado. “El injusto es (...) la alteración de un estado jurídicamente aprobado, o sea, la causación de un estado jurídicamente desaprobado, y no la alteración jurídicamente desaprobada de un estado”⁷⁹. La perspectiva a través de la cual se verifica la ilicitud es exclusivamente *ex post*: solo después de la ocurrencia del hecho se puede saber lo que este causó, en qué medida modificó estados y situaciones jurídicamente aprobadas. La norma violada por el autor es exclusivamente una norma de valoración, esto es, esta no prohíbe u ordena conductas, sino se limita a valorar resultados⁸⁰.

El finalismo, especialmente gracias a las investigaciones de Armin KAUFMANN, sobre la teoría de las normas, pone este sistema de cabeza⁸¹. El Derecho, al final, al declarar punible una acción, desea

⁷⁹ MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, en: *Gerichtsaal* 89 (1924), p. 207 y ss., (pp. 245-256).

⁸⁰ MEZGER, *Die subjektiven...,* p. 245; *Lehrbuch...,* p. 164; NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en: *Festschrift für Binding*, vol. II, Wilhelm Engelmann Verlag, Leipzig, 1911, p. 273 y ss., (p. 283 y ss., p. 315 y ss.).

⁸¹ Cf. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1954, p. 102 y ss.; el mismo autor, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en: Stratenwerth etc. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 393 y ss.; el mismo autor, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2^a edición Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1988, p. 3; cf, igualmente, WELZEL, *Das deutsche...*, p. 37 y ss., p. 48 y ss.; SCHÖNE, *Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz*,

que los ciudadanos dejen de practicarla. De modo que, las normas no pueden ser entendidas como meras normas de valoración, que inciden después de la realización de la conducta, desde una perspectiva *ex post*: estas deben ser entendidas como verdaderos imperativos, *normas de determinación*, que contengan ordenes, prohibiciones o comandos⁸². El objeto de la prohibición es, obviamente, la acción. “Solo el actuar finalista puede ser exigido o prohibido por el Derecho; no tendría sentido prohibir causaciones”⁸³. En consecuencia, antes que el desvalor del resultado, pasa a importar el *desvalor de la acción* que, para el finalismo, se agota en la finalidad dirigida a la afectación del bien jurídico⁸⁴. Y, como el Derecho desea influenciar al destinatario de la norma y guiarle a un comportamiento en determinado sentido, no puede esperar que la conducta haya sido practicada y haya causado resultados para formular el juicio de ilicitud. El Derecho debe decirle al destinatario cuándo su acción es prohibida en el exacto instante en el que él comenzará a realizar la conducta, esto es, adoptando una *perspectiva ex ante*⁸⁵.

en: Hirsch etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, DeGruyter, Berlin / New York, 1986, p. 649 y ss. (p. 650 y ss.). Sobre la concepción de Armin KAUFMANN, especialmente, HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 15 y ss..

Esta concepción de carácter imperativa no fue, obviamente, creada por el finalismo, pero, en Alemania, se debe a THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Hermann Böhlau Verlag, Weimar, 1878, pp. 1-2.

⁸² Cf. la nota anterior.

⁸³ KAUFMANN, *Zum Stande...*, p. 395; cf., tb., WELZEL, *Das deutsche...*, p. 37.

⁸⁴ WELZEL, *Das deutsche...*, p. 62; KAUFMANN, *Zum Stande...*, p. 403.

⁸⁵ El finalista STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, en: GA 1987, p. 97 y ss. (p. 99), considera a la perspectiva *ex ante* adoptada por la imputación objetiva como una “manifestación imperfecta de un finalismo todavía no consciente de sí mismo, un sinónimo, o mejor, un pseudónimo de la finalidad como el objeto de la valoración”.

Un problema de esta bella construcción sistemática está en su tendencia de absolutizar lo subjetivo, el desvalor subjetivo de la acción, en detrimento tanto de la peligrosidad de esta acción (su desvalor objetivo), como del resultado de la lesión (el desvalor del resultado)⁸⁶. A pesar de ello, esta construcción, con sus ideas principales, influenció de modo decisivo en los defensores de la teoría de la imputación objetiva, especialmente a la escuela de ROXIN, que se esforzó en una fundamentación basada en la teoría de las normas. Estrictamente, la moderna imputación objetiva no es nada más que la construcción de Armin KAUFMANN y sus alumnos, sin sus absolutizaciones. Los detalles serán vistos más adelante; por ahora, basta resaltar que las ideas del injusto como contrariedad a una norma de determinación, a un imperativo, y el correlato reconocimiento de un desvalor de la acción bien como de la perspectiva *ex ante* son generalmente aceptadas. Sin embargo, no se olvidan la norma de valoración, el desvalor del resultado, la importancia de la complementación de la perspectiva *ex ante* con la perspectiva *ex*

⁸⁶ Así, principalmente, la escuela de Armin KAUFMANN, que retira el resultado del concepto de injusto, relegándolo a la posición de condición objetiva de punibilidad: Armin KAUFMANN, *Zum Stande...*, p. 403 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, p. 143: “El injusto es el acto finalista contrario al deber – y nada más que ello”; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Verlag Otto Schmidt, Köln, 1973, p. 78 y ss.; SUAREZ MONTES, *Weiterentwicklung der finalen Handlungstheorie?*, en: *Festschrift für Welzel...*, p. 379 y ss.; SCHÖNE, *Fahrlässigkeit...*, p. 654; SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 43 y ss. Vide, además, SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en: *Festschrift für Welzel...*, p. 557 y ss.. ZAFFARONI, *Panorama...*, p. 193, afirma que esa orientación ha abandonado las estructuras lógico-reales de Welzel, con lo que olvida que fueron un tema constante en la obra de Armin KAUFMANN, desde su teoría de las normas (anteriormente, nota 81), hasta sus últimos trabajos (como *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en: Jescheck etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Seibundo Verlag, Tokio, 1985, p. 100 y ss. (pp. 109-110)).

post. Y más: no se absolutiza el punto de vista subjetivo, la finalidad, sino se reconoce la necesidad de que la acción sea dotada de cierta peligrosidad, de un peligro objetivo, para que legitime su prohibición.

Resumiendo: el finalismo, al revelar la función de la norma de determinación, del desvalor de la acción y de la perspectiva *ex ante*, proporcionó componentes fundamentales para la construcción de la moderna teoría de la imputación objetiva, la cual supo aprovecharlos, sin caer en las exageraciones en que aquella teoría incurrió⁸⁷.

f) La teoría del delito culposo

No es ninguna novedad para nosotros que la culpa presuponga la *violación del cuidado objetivo*⁸⁸. La acción culposa es aquella acción realizada sin el cuidado debido, sin aquellas precauciones que el hombre prudente y concienzudo toma en cada paso de su día. Esta construcción teórica, inicialmente formulada por ENGISCH⁸⁹, encontró una fácil recepción en el sistema finalista⁹⁰, así como una fundamentación en ella. Los finalistas, al afirmar la preponderancia del desvalor de la acción sobre el desvalor del resultado, necesitaban encontrar un momento desvalorado en la acción para que sirva de objeto del juicio de ilicitud. Este momento no sería la finalidad, sino el modo de realización de la acción, su desdén a las exigencias básicas de cuidado formuladas por el día a día⁹¹.

⁸⁷ Apuntando estas exageraciones subjetivistas como una de las causas del declive del finalismo, SCHÜNEMANN, *Einführung*..., p. 43 y ss.

⁸⁸ Cf., por todos, BITENCOURT, *Manual*..., p. 224; MAYRINK DA COSTA, *Direito penal*..., p. 737; TAVARES, *Direito penal da negligência*..., p. 138 y ss..

⁸⁹ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Otto Liebmann Verlag, Berlin, 1930, p. 283 y ss..

⁹⁰ Sin embargo, estoy omitiendo otros problemas enfrentados por el finalismo al intentar aprehender el delito culposo; el hecho es que los finalistas nunca lo consiguieron a través de la categoría ontológica de la finalidad.

⁹¹ Así, p. ej., WELZEL, *Das deutsche*..., pp. 129-130; Armin KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, en: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 5 (1964),

Sin embargo, la culpa no se agota en la violación del debido cuidado (desvalor de la acción); también será preciso la causación del resultado lesivo y un nexo entre la acción descuidada y la lesión (desvalor del resultado). Al final, imagínese el caso en que la acción descuidada ni siquiera empeore la situación del bien jurídico; así, imagínese que una persona atropellada por el conductor en exceso de velocidad, debido a que se arrojó delante del automóvil, no hubiese sido salvada aún cuando el motorista hubiese respetado los límites de lo permitido. En estos casos, no hay razón por la cual condenar al autor por homicidio culposo, dado que no existe el llamado *nexo de antijuricidad*, nexo normativo, nexo de determinación (la terminología aquí es todo, menos uniforme) para vincular la acción al resultado⁹².

Esta construcción del ilícito culposo —violación del cuidado objetivo (desvalor de la acción) sumada a la causación de la lesión y al nexo de antijuricidad (desvalor del resultado)— se consolidó de modo bastante extenso⁹³, inclusive entre nosotros⁹⁴. Y si el lector sospecha

p. 41 y ss., (p. 45); HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, en: ZStW 94 1982), p. 239 y ss. (p. 266 y ss.).

⁹² Doctrina ampliamente dominante; cf., por todos, JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 584, con referencias. Entre nosotros, ZAFFARONI / PIERANGELI, *Manual...*, p. 516, n. 276.

⁹³ Referencias en JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 584. Es más fácil decir quien no sigue esta formulación de quien sí la sigue: p. ej., SCHMID-HÄUSER, *Fahrlässige Tat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en: Grünwald etc. (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1975, p. 129 y ss.; SCHROEDER, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11^a edición, DeGruyter, Berlin / New York, 1994, § 16/127, que reduce la culpa a la “previsibilidad”; con una construcción original, igualmente, BURKHARDT, *Tatbestandsnäbiges Verhalten und ex-ante Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“*, en: Wolter / Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 99 y ss., (p. 114 y ss.), que expone y critica las principales posiciones hoy existentes, además de la dominante.

⁹⁴ Vide la nota 88, anteriormente.

que hay una excesiva semejanza entre la teoría del delito culposo y la imputación objetiva, solo debo decir sus sospechas son más que fundadas. En realidad, y esto a la doctrina alemana mayoritaria todavía le cuesta reconocer, la imputación objetiva y sus conceptos básicos no son nada más que la teoría del delito culposo – solo que con diverso nombre y alcance⁹⁵.

Diversos nombres: aquello que anteriormente se llamaba de violación del cuidado objetivo, en el seno de la imputación objetiva gana el nombre de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. El nexo de antijuricidad pasa a llamarse realización del riesgo. No obstante, sustancialmente, se trata de la misma problemática con idénticos fundamentos e idéntica solución.

Diverso alcance: mientras la teoría del delito culposo, tal como la conocemos, posee su ámbito de aplicación restringido al delito culposo, la imputación objetiva pretende ser aplicada a todos los tipos, culposos y dolosos. Así, el mayor progreso de la imputación objetiva fue llevar los criterios del delito culposo para el núcleo del doloso⁹⁶, mostrando que no existe dolo sin culpa, que el dolo pre-

⁹⁵ En este sentido, p.ej., ROXIN, *A teoria...*, IV 2; *Strafrecht...*, § 24/10; y YAMANAKA, *Die Entwicklung der japanischen Strafrechtsdogmatik in Lichte des sozialen Wandels*, en: ZStW 102 (1990), p. 928 y ss., (p. 944), para quienes la teoría del delito culposo no es nada más que la imputación objetiva; entre nosotros, CIRINO, *A moderna...*, p. 102, que considera al “riesgo permitido” y al “deber cuidado objetivo” un mismo fenómeno, analizado desde perspectivas diversas: el primero, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, mientras que el segundo de la del agente. Exponiendo esta nueva doctrina, DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr-Siebeck, 2001, p. 108 y ss., que, sin embargo, la rechaza, en favor de una nueva teoría del delito culposo fundada en la idea de un “momento ocasionador” (*Veranlassungsmoment* - p. 361 y ss.).

⁹⁶ Nótese la existencia de opinión minoritaria que, a pesar de admitir la existencia de una imputación objetiva tanto en el delito culposo como en el doloso, desea trabajar con criterios distintos, más rigurosos, en este segundo grupo de delitos: SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, en: GA 1999, p. 207 y ss. (p. 220); MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*,

supone culpa⁹⁷, que “todos están libres para perseguir sus objetivos reprochables, desde que respeten los límites del deber objetivo de cuidado”⁹⁸.

Creo que nunca es demasiado que se destaque la identidad entre la teoría del delito culposo, esa nuestra vieja conocida, y la moderna teoría de la imputación objetiva. Esto porque, de esta forma, no tendremos motivo para sentir miedo o espanto delante de las nuevas formulaciones, toda vez que estas no son tan nuevas como parecen. No se niega que la teoría de la imputación objetiva traiga varias novedades, pero varios de estos *tópicos* que hoy aparecen clasificadas bajo la rúbrica de la imputación objetiva en capítulos de los manuales extranjeros que exponen el delito doloso, en realidad, ya hace mucho venían siendo discutidos en el ámbito del delito culposo. P. ej., los famosos textos de ROXIN, en los que se preocupó de los comportamientos alternativos conformes al Derecho, creando

5^a edición, Reppertor, Barcelona, 1998, § 10/52 y ss.; SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 388. Trabajando con criterios distintos, no necesariamente más rigurosos, también, KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, en: GA 1994, p. 197 y ss. (p. 208), y HRUSCHKA, *Imputation*, em: Eser / Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. I, Max Planck Institut, Freiburg, 1987, p. 121 y ss. (p. 126 y ss., 133 y ss.), que construyen el delito doloso como forma de “imputación ordinaria” y el culposo como “imputación extraordinaria”, análoga a la *actio libera in causa*.

⁹⁷ Así, principalmente, HERZBERG, *Vorsatz und erlaubtes Risiko...*, p. 6 y ss.; el mismo autor, *Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorwärtlichen Straftat*, en: JZ 1987, p. 536 y ss.; el mismo autor, *Das vollendete vorwärtliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt*, en: JuS 1996, p. 377 y ss. (p. 380 – hay traducción española, de Teresa Rodríguez Montañés, en: Luzón / Mir (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 41 y ss.); cf. tb. ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/44; y, entre nosotros, JESUS, *Imputação...*, p. 122.

⁹⁸ KRAUB, *Erfolgsunwert...*, p. 48.

la teoría del aumento del riesgo⁹⁹, o aquel en el que trató sobre el comportamiento de la víctima bajo la óptica del fin de protección de la norma¹⁰⁰, permanecen en los límites del delito culposo. Si nosotros, en Brasil, no teníamos noticias de tales desarrollos, ello es un síntoma de que no era solo la imputación objetiva lo que ignorábamos, sino también mucho de aquello que venía siendo construido y discutido en la teoría del delito culposo.

4. Intentos frustrados de revitalizar el concepto de imputación

Con eso, concluimos la exposición de los precursores de la moderna teoría de la imputación. Esta exposición tuvo, primeramente, la finalidad de situar al lector brasileño en el contexto de las teorías y de las discusiones que antecedieron a la formulación de la moderna teoría de la imputación, para mostrarle que la teoría no surgió de la nada, sino que tuvo sus antecesores en construcciones con las cuales se encontraba ya bastante familiarizado (como la teoría del delito culposo, p. ej.). Se puede decir, de cierta forma, que la discusión en torno a la imputación objetiva permaneció siempre latente, lista para manifestarse, en las casi cuatro décadas que pasaron entre el trabajo de HONIG y el estudio de ROXIN, en el cual fue revivido, con éxito, el concepto. Sin embargo, ROXIN no fue el primero en intentarlo. En estas casi cuatro décadas, otros escribieron sobre la imputación, aunque sin su éxito. Expondré, ahora, dos de los intentos más importantes e interesantes.

⁹⁹ ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en: ZStW 74 (1962), p. 411 y ss. (estudio traducido para el portugués, por Ana Paula Natscheradetz, en: ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 235 y ss.).

¹⁰⁰ ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en: Lackner etc. (eds.), *Festschrift für Gallas*, DeGruyter, Berlin, 1993, p. 241 y ss.. Estudio traducido para el portugués, por, por Ana Paula Natscheradetz, en: ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 273 y ss..

a) HARDWIG: la imputación, un problema central del Derecho Penal

Estamos, ahora, en el final de la década del 50. La dogmática olvida la primera teoría de la imputación, de modo que esta palabra prácticamente desaparece del panorama de las discusiones. Cabe a HARDWIG el mérito de haber retomado el concepto de imputación, sin que, a pesar de ese logro, su trabajo haya tenido mayor eco en la doctrina de la época.

En sus consideraciones introductorias, HARDWIG define lo que entiende por *imputación*: “La imputación significa la verificación de una relación positiva, de un nexo, entre un acontecimiento y una persona, en el sentido de reconocer o reprobar la conducta de la persona, siguiendo un conjunto de normas de la razón”¹⁰¹, y se pregunta si esta idea no merece un lugar más destacado en una teoría del delito que parece dispensarla (pp. 4/5). Después de ello, en la primera parte de su estudio, realiza una exposición de las teorías de la imputación desde Aristóteles, pasando por la edad media, por el Derecho germánico, por Pufendorf, Feuerbach y por los hegelianos, hasta el naturalismo y la teoría finalista de la acción (pp. 11/111). HARDWIG no desconoce que la idea de imputación haya sido largamente olvidada por la ciencia del Derecho Penal de su época. Su tenaz juicio, de que “el dogma causal y el concepto de acción fueron los que, principalmente, provocaron la ruina de la teoría de la imputación” (p. 90), no deja de tener una gran dosis de verdad¹⁰².

¹⁰¹ HARDWIG, *Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1957, p. 7. Las páginas citadas entre paréntesis en este apartado pertenecen a este libro. Para una exposición más detallada de las teorías de HARDWIG, vide KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammengangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 58 y ss..

¹⁰² Cf., tb., p. 4, en la cual afirma: “Más o menos con la introducción del Código Penal del Imperio (1871) desaparece el concepto general de imputación. En su lugar surge la causalidad”.

En la segunda y en la tercera parte del libro, el autor intenta construir la teoría del delito con base en la idea de imputación.

En lugar de proceder deductivamente, con base en un criterio unitario, a partir del cual descendería a los diversos grupos de delitos, HARDWIG prefiere analizar en separado la imputación en los delitos de mera conducta (esto es, aquellos que se agotan en una acción positiva, independientemente de la producción de un resultado diverso¹⁰³ a ella), en los delitos de mera omisión (que se agotan en una simple omisión), en los delitos comisivos de resultado y en los delitos, tanto intencionales como no intencionales, y en los delitos omisivos del resultado, intencionales y no intencionales. En este análisis, HARDWIG llega a las siguientes conclusiones:

En los *delitos de mera conducta*, el momento esencial, que fundamenta su imputación, es la idea de *evitabilidad* (p. 120), de posibilidad del dominio sobre un curso causal (p. 121). En ese sentido, la imputación ocurriría en dos niveles, como imputación a la antijuricidad (respuesta a la pregunta acerca de qué hace de una acción una acción prohibida), y la imputación a la culpabilidad (respuesta a la pregunta acerca de qué hace de una acción prohibida una acción censurable): “el acontecimiento debe ser imputado a la antijuricidad, si el sujeto obligado evitase (o pudiese evitar) el acontecimiento, en caso lo quisiera, mientras que el acontecimiento debe ser imputado a la culpabilidad si el sujeto pudiese querer de la manera que debería” (pp. 120/121). Cabe decir, de paso, que HARDWIG se posiciona expresamente en la idea de libertad de la voluntad como presupuesto de la culpabilidad (p. 123). Los demás detalles acerca de la estructura del ilícito y de la culpabilidad en HARDWIG, desarrollados con cierta minuciosidad, deben ser dejados de lado aquí, para que no nos desviemos de los fines de nuestra investigación.

¹⁰³ HARDWIG, por motivo de claridad conceptual, define al resultado como “un acontecimiento en el mundo exterior, que es separable, en pensamiento, del propio comportamiento, pudiendo ser pensado como su producto. En consecuencia, entendemos por resultado solamente al resultado exterior” (p. 112).

Entonces, HARDWIG continua con los *delitos de mera omisión*, que serían aquellos que se resumen en un simple no-hacer, con independencia de la producción o no de un resultado lesivo. Este autor concluye que para los delitos de mera omisión se deben aplicar los mismos principios anteriormente desarrollados para los delitos de mera conducta, tanto en lo que se refiere a la imputación a la antijuricidad, como a la imputación a la culpabilidad (p. 136).

Continuando, el autor analiza los *delitos comisivos de resultado*. Aquí, el concepto central es el de *direccionamiento* (*Steuerung* – p. 138). “La reprobación del Derecho puede tener por objeto el hecho de que alguien haya direccionado el acontecimiento causal a un determinado resultado desaprobado por el Derecho, o, por otro lado, el hecho de que alguien no haya direccionado el acontecimiento causal, a pesar de que este jurídicamente obligado a ello, ocurriendo el resultado justamente porque el sujeto no cumplió su deber” (p. 139). Entonces, no solo el direccionamiento real, como también la directionalidad, (daré preferencia al término *dirigibilidad*), la posibilidad de controlar un acontecimiento, pueden fundamentar la imputación (p. 152). Con la idea de direccionamiento, HARDWIG busca un criterio que comprenda, aunque va más allá, aquello que propone la teoría finalista de la acción, para alcanzar también a los delitos no-intencionales, esto es, culposos (p. 140)¹⁰⁴. Posteriormente, el autor compara su concepto de direccionamiento con la tradicional concepción de causalidad, con lo cual concluye que, en rigor, la causalidad, en el sentido que la ley concede a esta expresión, no significa nada más que la idea de direccionamiento: “el concepto de causalidad del Derecho es diferente al de las ciencias naturales” (p. 149); “causar es intervenir realmente en un acontecimiento causal de tal manera que se aumenten las posibilidades objetivas de que un determinado resultado ocurra, o que se facilite la realización del hecho (...), cuando a aquel a quien le incumbe el deber jurídico, el acontecimiento le fuera objetivamente dirigible con relación a un

¹⁰⁴ Sobre la teoría finalista de la acción, vide anteriormente, III, 3, e.

determinado resultado” (p. 152). El direccionamiento, *rectius*, la dirigibilidad, que aumenta el riesgo de que el resultado ocurra, sería el “nexo normativo-final” (p. 153) para justificar la imputación.

Finalmente, el autor trata sobre la imputación en los *delitos omisivos del resultado*. Para comenzar, él verifica que el delito omisivo de resultado consiste en el “deber jurídico de impedir el resultado” (p. 154). Este deber jurídico resultaría, en general, de las relaciones especialmente íntimas, de un contrato o de la anterior producción del peligro del resultado (pp. 154/155). Pero también aquí el punto de vista esencial, fundante de la imputación, sería el concepto de causalidad normativo-final (p. 156), esto es, la dirigibilidad, el dejar de reducir el riesgo de ocurrencia del resultado. En ese sentido, al contrario de lo que dice la opinión hasta hoy dominante en Alemania¹⁰⁵, no es necesario que la acción no practicada hubiese impedido, con certeza, el resultado, para que se impute al autor la consumación de un delito de resultado (p. 162). Así, p. ej., el médico que deja de realizar una operación necesaria no puede exceptuarse de la pena alegando que la salvación no sería segura. Esto, porque lo que interesa es que su omisión haya disminuido las chances de salvamiento del bien, o, en otras palabras, que haya dejado de reducir el riesgo de su lesión. Por tanto, los principios desarrollados para los delitos comisivos de resultados encuentran plena aplicabilidad en frente de los delitos omisivos de resultado (p. 160).

Después de este abordaje que podemos llamar de tipológica, debido a que alcanza cuatro especies de delitos, HARDWIG procede a realizar una síntesis (p. 164 y ss.), pasando, a continuación, para la tercera parte de su trabajo, llamada por él de “parte sistemática” (p. 175 y ss., en contraposición a las partes histórica y dogmática, anteriormente analizadas), en la cual desarrolla una completa teoría

¹⁰⁵ Así, p. ej., SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en: JA 1975, p. 647 y ss., (p. 655); JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 619, en especial la nota al pie de página 26, en la cual combate la opinión contraria; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht...*, números de margen 711 y 713.

del delito con base en la idea de la imputación. Exponer esta teoría del delito detalladamente iría más allá de los objetivos propuestos en este trabajo, al cual le interesa únicamente resaltar los esfuerzos anteriores que contribuyeron a la elaboración de la moderna teoría de la imputación objetiva.

Realizada esta exposición, podemos resaltar aquello que, desde una perspectiva actual, se destaca como *relevante* en el trabajo de HARDWIG, un trabajo que, a pesar de sus méritos, tuvo poca penetración e influencia en la doctrina de su época. El primero de esos méritos es haber vuelto a hablar de imputación en una época en que tal palabra se encontraba excluida del vocabulario de los penalistas. El segundo es haber elevado la idea de imputación a un lugar central en la teoría del delito, anticipando algunos esfuerzos actuales, como los de JAKOBS, para el cual la teoría del delito representa nada más que una teoría de la imputación¹⁰⁶. En tercer lugar, HARDWIG trabajó, al parecer como pionero, con las ideas de evitabilidad / dirigibilidad en el ámbito de la imputación, ideas que, tiempo después, serían retomadas por varios autores, en especial por OTTO¹⁰⁷, y

¹⁰⁶ El subtítulo de la Parte General de JAKOBS se llama: “Los fundamentos y la teoría de la imputación”. Muchos otros autores llaman a su teoría del delito como teoría de la imputación: p. ej., HASSEMER, *Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*, en: Schulz / Vornbaum (eds.), *Festschrift für Bemman*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 175 y ss.; HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, DeGruyter, Berlin / New York, 1976; el mismo autor, *Imputation...*, p. 121 y ss.; NEUMANN, *Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung*, en: GA 1985, p. 389 y ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Zurechnung*, en: Weigend / Küper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 65 y ss..

¹⁰⁷ Así, inicialmente, en OTTO, *Kausadiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, en: Schroeder / Zipf (eds.), *Festschrift für Maurach*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 91 y ss. (p. 92); para una visión actual, cf. el mismo autor, *Kausalität und Zurechnung*, en: Zaczek etc. (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Springer, Berlin etc., 1998, p. 395 y ss. (p. 404); el mismo autor, *Grundkurs Strafrecht*, 6^a edición, DeGruyter, Berlin / New York, 2000, § 6/1 y ss. (principalmente nm. 8).

que hasta hoy desempeñan un papel destacado en las discusiones. Y finalmente, en el concepto de causalidad normativo-final se percibe como un claro precursor de la teoría del aumento del riesgo, creada por ROXIN pocos años más tarde en 1962¹⁰⁸.

b) KAHRS: el principio de evitabilidad

KAHRS, un discípulo de HARDWIG, examina en qué medida la alegación de que el resultado habría ocurrido de cualquier manera puede exonerar al autor de responsabilidad¹⁰⁹. Luego de haber realizado una áspera crítica de la idea de causalidad y de la fórmula de la *condictio sine qua non*, el autor constata que estas son incapaces de resolver tres grupos de casos: el de la omisión (en el que no existiría causalidad – pp. 21-22), el de la interrupción de cursos causales salvadores (en el que el agente, también, no causaría el resultado – pp. 22-23¹¹⁰) y el de la actuación sobre la psique de otros (en virtud del libre arbitrio, no se podría hablar de determinación según las leyes de la causalidad). Esto lo lleva a *dispensar de la idea de causalidad*, en favor de una teoría jurídica de la imputación: “La causalidad en el sentido de las ciencias naturales no es un principio de imputación de validez general” (p. 26).

En ese sentido, para que pueda construir su teoría jurídica de la imputación, este autor no podrá más recurrir a la causalidad, lo cual hace que busque orientaciones a través “del sentido y de la finalidad de las normas penales” (p. 33). La comunidad jurídica busca, a través de las normas jurídicas, estimular resultados socialmente beneficiosos y evitar los socialmente lesivos (p. 33). De ello, surge el *principio de*

¹⁰⁸ ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg...*, p. 411 y ss..

¹⁰⁹ KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Cram, de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. V. Las páginas citadas entre paréntesis en este apartado pertenecen a esta obra.

¹¹⁰ Aquí discrepa KAHRS con la doctrina absolutamente dominante, que admite la causalidad sin ninguna duda; p. ej., ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/32, 33.

evitabilidad que, de forma sintética y aproximativa, dispone: “Un resultado solo será imputado al autor, si este no lo evita, a pesar de que el Derecho se lo exige” (p. 34). Tal principio será válido para todos los delitos de resultado, tanto dolosos como culposos, tanto omisivos como comisivos (pp. 34-35). Además de ello, el autor precisa lo que entiende por resultado: no la concreta lesión al bien jurídico, con todas sus circunstancias individualizadoras (muerte de A a tal hora, en tal lugar, bajo tales circunstancias), sino el resultado en abstracto (muerte de A) (p. 38). Esta *definición abstracta del resultado* permitirá que se tomen en cuenta, en mayor medida, los cursos causales hipotéticos.

Así, el autor parte al análisis de grupos de problemas, que no veremos en detalle. Nos contentaremos en señalar que sigue considerando a la fórmula de la *condictio sine qua non*, para la mayor parte de los casos, como insuficiente, sin embargo, sí sería considerada para resolver los problemas de la imputación en *ámbitos no regidos por leyes causales deterministas* (pp. 46-47)¹¹¹. En estos ámbitos, que comprenden en especial los casos en que interfiere otro ser humano en la línea del desdoblamiento que lleva al resultado, habrá imputación siempre que el autor reste al bien jurídico la oportunidad de conservación, o sea, siempre que él aumente el riesgo del resultado (p. 47 y ss., p. 64).

Luego, KAHRS examina la problemática de los *resultados hipotéticos*, esto es, de aquellas lesiones que, aún sin acción del autor, habrían ocurrido de todas formas (p. 69 y ss.). El autor, aquí, complementa su principio de evitabilidad con una *consideración de política jurídica*: en principio, el resultado solo será imputado en la medida en que represente un daño más grande del que la comunidad jurídica, de cualquier forma, estaba dispuesta a soportar (p. 80). De modo que, no existirá imputación en el caso en que el autor empuje al ejecutor y este active el mecanismo de la guillotina, matando al

¹¹¹ Esto es una anticipación de un punto de vista, que, en la actualidad, es defendido en especial por PUPPE; cf. más adelante, V, 4.

condenado a muerte en el mismo segundo que la comunidad aceptó que él muriera (pp. 78-79). Lo mismo ocurre en el caso en que el autor causa el resultado; sin embargo, este ocurriría en virtud de un curso causal hipotético oriundo de la naturaleza (pp. 87-88). A pesar de ello, la solución será diversa en los casos en que los autores substitutos actúen antijurídicamente, (p. ej.: si A no hurtase el objeto de la tienda, B ya estaba decidido a hacerlo, de todas formas): aquí, la comunidad no está dispuesta a aceptar ninguno de los dos resultados, ni el real ni el hipotético, de modo que se puede hablar de imputación del resultado.

KAHRS enuncia algunas reglas más, bastante plausibles, pero que poco nos interesan. Hablemos, de modo rápido, de *la importancia* de la obra, que fue la de llevar adelante algunas ideas de HARDWIG, intentando desarrollar una teoría de la imputación al tipo objetivo. Su concepto de imputación, debido a que no se refiere a la teoría del delito como un todo, sino solo al tipo objetivo, es más limitada que la de HARDWIG, lo que aproxima a KAHRS al entendimiento de la doctrina contemporánea. Su tratamiento del problema de los cursos causales hipotéticos no fue capaz de reavivar las discusiones, que solo se encenderían después de publicado el libro de SAMSON¹¹². Y las críticas de KAHRS a la idea de causalidad como presupuesto de la imputación no encontraron, por suerte, recibimiento en la doctrina mayoritaria¹¹³.

¹¹² SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1972; sobre el problema de la causalidad hipotética en la actualidad, ROXIN, *Funcionalismo..., § 11/52 y ss.*

¹¹³ Sobre las relaciones entre causalidad e imputación, criticando la posición que pretende dispensar del nexo causal en favor de un nexo exclusivamente normativo entre acción y resultado, más adelante, VI, 3, b.

IV

LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Esta larga incursión en los precursores de la moderna teoría de la imputación objetiva llega a su fin. Ahora, veremos el nacimiento de la teoría con un especial énfasis al contexto metodológico en que esto ocurrió.

1. El principio de riesgo, de ROXIN (1970)

En 1970, por ocasión de los 70 años de HONIG, se publicó su *Festschrift*, para la cual ROXIN escribió el trabajo que reencendió el debate en torno a la idea de imputación objetiva¹¹⁴. ROXIN comienza el texto exponiendo la teoría de la imputación de HONIG

¹¹⁴ ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en: *Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1970, p. 133 y ss.. Hay traducción para el portugués: *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, trad. Ana Paula Natscheradetz, Vega Universidade, Lisboa, 1993, 145 ss. Las páginas citadas entre paréntesis en este apartado se refieren a la versión traducida.

(p. 145 y ss.), no cansándose de destacar en qué medida esta implica un abandono del ontologismo, de conceptos pre-jurídicos, en favor de un método teleológico, normativo: la teoría de la imputación de HONIG le parece una teoría normativa de la acción (p. 146). Y, después de analizar el criterio de imputación de HONIG, la dirigibilidad objetiva a fines, ROXIN trae a colación el famoso caso del sobrino que manda al tío a pasear al bosque, con la consecuente muerte de este a causa de un rayo (p. 146), y formula su *principio de riesgo*: “la posibilidad objetiva de originar un proceso causal dañoso depende de la conducta del agente concreto de crear, o no, un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico; en el primer caso, el individuo A, del ejemplo citado anteriormente, habría cometido una acción de homicidio, mientras que en el segundo no” (p. 146).

ROXIN, ahora, parte para la elaboración de una “*teoría general de la imputación* completamente desligada del dogma causal” (p. 148), fundada en la idea del riesgo. Lo que el autor hace, en rigor, es presentar cuatro *posibilidades*, cuatro consideraciones del referido principio. En primer lugar, la disminución del riesgo: acciones que disminuyen riesgos no pueden ser imputadas como acciones típicas (p. 149). En segundo lugar, los casos de riesgos jurídicamente irrelevantes: acciones que no crean una posibilidad objetiva de lesión, esto es, acciones que no son condiciones adecuadas del resultado (y aquí ya vemos la teoría de la adecuación, p. 149), no son objetivamente imputables (p. 149 y ss.). Aquí correspondería el famoso caso del sobrino. El tercer criterio es el aumento del riesgo que se dirige a la resolución de los casos en que el autor fue más allá del riesgo permitido, causando el resultado, sin embargo, sin que se sepa si la acción correcta lo habría evitado (comportamiento alternativo conforme

Sobre este estudio de ROXIN, cf., también, SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, en: JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, p. 21 y ss., (p. 32 y ss.); LARRAURI, *Notas preliminares...*, p. 741 y ss.; SCHÜNEMANN, *Über die objektive...*, p. 212.

al Derecho). ROXIN, haciendo referencia a un estudio anterior¹¹⁵, pretende imputar el resultado si la acción superadora del riesgo permitido lo hubiera aumentado de modo relevante (p. 152 y ss.). Y, por último, ROXIN presenta al fin de protección de la norma como la cuarta concretización del principio del riesgo: aquellos resultados que no se encuentren en el ámbito de la protección de la norma de cuidado no son imputables a quien los causó (p. 154 y ss.). Aquí se encuadran las consecuencias secundarias del delito, como la muerte de la mamá de la víctima, a causa de un choque al recibir la funesta noticia (p. 156), intentos fracasados de salvamento (p. 157) etc.

En las últimas páginas de su trabajo, ROXIN intenta encuadrar la teoría de la imputación recién esbozada en el sistema de la teoría del delito, delimitando, en especial, las relaciones entre la teoría de la imputación y la teoría de la acción. En un trabajo publicado pocos años antes, ROXIN había propuesto las primeras bases de su actual concepto personal de acción, entendiendo a la acción “bajo el punto de vista de la ‘imputabilidad personal’... ‘Acción’ sería todo aquello que se pudiese imputar a un hombre como ‘persona’...”¹¹⁶, cualquier “exteriorización de la personalidad”¹¹⁷. Entonces, ROXIN introduce la distinción entre *imputación del comportamiento e imputación del resultado* (p. 161). La primera comprendería los conocidos casos de exclusión de la acción: fuerza física absoluta y actos reflejos (pp. 161-162). En estos casos, no existe ninguna acción ni ninguna exteriorización de la personalidad. Mientras que la segunda, la imputación del resultado, alcanzaría a los criterios de imputación anteriormente propuestos (p. 162). ROXIN concluye reafirmando que su teoría implica un abandono de conceptos ontológicos, en especial del concepto de finalidad (p. 164 y ss.), y también la ne-

¹¹⁵ ROXIN, *Pflichtwidrigkeit...*, p. 411 y ss..

¹¹⁶ ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, en: Art. Kaufmann (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, p. 260 y ss., (p. 262).

¹¹⁷ ROXIN, *Strafrecht...*, § 8/44.

cesidad de superar un sistema clasificatorio en favor de un sistema verdaderamente teleológico, político- criminal: “Es en este preciso punto que se asienta la diferencia entre un sistema ‘que desmiembra la materia’ y compone el hecho punible con las partículas del acontecimiento —sistema que continua siendo dominante en el Derecho Penal— y un sistema teleológico, orientado por criterios de imputación” (p. 163).

Nótese, sin embargo, que este trabajo contiene únicamente un esbozo que fue considerablemente desarrollado por la doctrina. Este presenta, como era de esperarse, varias *insuficiencias*. En primer lugar, le falta una verdadera fundamentación del principio del riesgo. Este es introducido, de manera casi axiomática, a propósito del análisis del caso del sobrino y del criterio de imputación de HONIG. Esta fundamentación, que más adelante expongo (IV, 3, a), será proporcionada también posteriormente por ROXIN y sus alumnos. En segundo lugar, ROXIN todavía no distingue, con claridad, los dos planos de la imputación objetiva: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y su realización en el resultado. Los cuatro criterios son colocados sin una determinada jerarquización lógica (como todavía ocurre en muchas exposiciones). Finalmente, la distinción hecha casi al final entre imputación del comportamiento e imputación del resultado confunde más de lo que aclara, debido a que utiliza dos veces la palabra imputación con sentido, en la realidad, diverso. Se debe tener especial cautela para no confundirse con la distinción entre la creación del riesgo jurídicamente desaprobado (desvalor de la acción) y la realización de este riesgo en el resultado (desvalor del resultado), pues ambas dimensiones de la imputación son englobadas, como dice el propio ROXIN, por el concepto de imputación del resultado. La imputación del comportamiento comprende una problemática distinta que se relaciona al concepto de acción y no a la moderna teoría de la imputación objetiva.

Estas insuficiencias, ya señaladas, no deben ser entendidas como puntos criticables. Ningún edificio teórico complejo nace listo y perfecto; es siempre necesaria la acción del tiempo y la concurrencia de varios talentos para que una gran teoría se consolide. Es por ello

que el *mérito* y la *importancia* del trabajo de ROXIN difícilmente pueden ser considerados exagerados. El autor consiguió, primariamente, rehabilitar la idea de imputación y reencender la discusión en torno a este concepto. Sin embargo, cabe señalar que ROXIN no se limitó a recuperar una idea olvidada en el pasado, ya que al formular el principio del riesgo y al centrar su teoría de la imputación en torno a la idea del riesgo, le dio nuevas bases que guiaron todo el desarrollo dogmático que iría a suceder a su trabajo. Y, finalmente, al distinguir algunos grupos de casos, en el esfuerzo de concretizar el criterio fundamental, ROXIN abrió un camino para que el debate bajase del nivel de las abstracciones; de manera que, la discusión se aproxime a la realidad práctica de la aplicación del Derecho que tiene siempre por objeto los problemas concretos. En fin, afirme anteriormente (ítem III, 2) que lo que diferenciaba la teoría de la imputación actual —a la cual llame de moderna— de sus precursoras era, principalmente, que esta trabaja con la idea del riesgo y, además de ello, se vale de diferenciados criterios y distinciones. Por tanto, con este estudio de ROXIN nace la moderna teoría de la imputación objetiva¹¹⁸.

2. El contexto metodológico: surgimiento de una dogmática funcionalista del delito

Como hemos visto, en su fundamental estudio sobre la imputación objetiva, ROXIN no se cansaba de resaltar la irrelevancia de los datos ontológicos tomados en sí mismos y la necesidad de un punto de partida normativo y teleológico referido a los fines del Derecho Penal. Y, todavía en 1970, este autor llega para exponer al público en qué consiste esta nueva concepción: una revisión total del sistema

¹¹⁸ Realizando una valoración, en el mismo sentido, sobre la importancia de este estudio de ROXIN para el nacimiento de la moderna teoría de la imputación, tanto el alumno SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung...*, p. 212, como el opositor, HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en: *Festschrift für Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, Heymanns, Köln etc., 1988, p. 399 y ss. (p. 403).

de la teoría del delito, reconstruyendo cada concepto a la luz de su función político-criminal¹¹⁹. “El camino correcto solo puede ser dejar que las decisiones valorativas político-criminales se introduzcan en el sistema del Derecho Penal”¹²⁰. Todos los elementos del delito tienen una función político-criminal a ser cumplida; por tanto, su contenido ha de ser configurado de mejor manera cumpliéndose la función que les asiste.

a) La referencia axiológica (política criminal)

El funcionalismo, rigurosamente, se inserta en un contexto metodológico aún más amplio: el de la llamada *jurisprudencia de los valores* (*Wertungsjurisprudenz*)¹²¹. Esta puede ser entendida como el método

¹¹⁹ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin, 1973 (hay traducción brasileña, de mi elaboración: *Política Criminal e sistema jurídico-penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000). Para la posición más reciente del autor acerca de los fundamentos de la teoría del delito, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 7/24 e ss., 51 y ss..

¹²⁰ ROXIN, *Política criminal...*, p. 20.

¹²¹ La jurisprudencia de los valores es seguida por la literatura dominante en el campo de la metodología jurídica. Cf., p. ej., LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^a edición, Springer, Berlin etc., 1991, p. 119 y ss.; LARENZ / CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^a edición, Springer, Berlin etc., 1995; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2^a edición, Springer, Wien / New York, 1991, p. 123 y ss.; FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. III, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1976, p. 405 y ss.; HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2^a edición, Beck, München, 1977, p. 314. Para una extensa y didáctica introducción a las principales corrientes de la jurisprudencia de los valores, cf. PAWLOWSKI, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2^a edición, C. F. Müller, 2000, número de margen 176 y ss., que, sin embargo, es todo menos un defensor de esta corriente metodológica; sobre la evolución de la jurisprudencia de los valores, desde el precursor, IHERING, hasta la actualidad, en comparación con el desarrollo de los diversos *legal realisms* norteamericanos, el rápido panorama de FIKENTSCHER, *Ein juristisches Jahrhundert*, en: *Rechtshistorisches Journal* 19 (2000), p. 560 y ss..

según el cual las construcciones jurídicas deben ser conscientemente guiadas por determinados valores y finalidades. Toda jurisprudencia de los valores tiene, por tanto, una cuestión fundamental a resolver: ¿de dónde se extraen los valores sobre los cuales se edificará el sistema¹²²?

En este aspecto, el neokantismo se quedó a medio camino. Se valió de un método referido a valores, pero abdicó, por limitarse a un relativismo valorativo, de reconocer alguna referencia teleológica objetivamente válida. Para el neokantiano, los valores no son objeto de conocimiento, sino un problema del fuero interno de cada individuo¹²³.

Es justamente en este punto que el funcionalismo de la escuela de ROXIN realiza un progreso fundamental: los valores y las finalidades fundamentales serán proporcionados por la *política criminal*¹²⁴.

¹²² BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre...*, p. 128; así, también, específicamente en relación con el Derecho Penal, FIKENTSCHER, *Methoden...*, p. 423: “El problema, también en el Derecho Penal, es principalmente el de la obtención de los valores en el procedimiento democrático”. Cf., sobre la problemática de los valores en el derecho, también HENKEL, *Recht und Wert*, en: Grünwald etc. (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1975, p. 13 y ss., que asume una postura demasiado emocional-sentimental sobre la posibilidad de que se conozcan los valores (pp. 20-21); y PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 3^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, nm. 846 y ss., excesivamente crítico y escéptico sobre las posibilidades de trabajarse racionalmente con los valores.

¹²³ Sobre esta postura relativista del neokantismo, cf. GRECO, *Introdução...*, p. 127, con referencias.

¹²⁴ ROXIN, *Política criminal...*, p. 20 y ss.; *Funcionalismo...*, § 7/53 (= *Strafrecht...*, § 7/53); *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais 35, 2001, p. 14 y ss., p. 14 (trad. Luís Greco); SCHÜNEMANN, *Einführung...*, p. 46 y ss., en especial p. 51; GRECO, *Introdução...*, p. 135 y ss., con varias referencias acerca de los autores que siguen esta concepción básica. Siguiendo una orientación funcional / político-criminal, entre nosotros, Fábio GUEDES DE PAULA, *Prescrição penal – Prescrição funcionalista*, RT, São Paulo, 2000, p. 180 y ss., y Paulo QUEIROZ, *Para uma configuração funcionalista da prescrição penal*, RT, São Paulo, 2000, p. 180 y ss.

Y no por cualquier política criminal, que podría ser desde la ley y el orden¹²⁵ hasta la abolicionista, sino por la *política criminal del Estado Social y Democrático de Derecho* que adscribe al Derecho Penal una función de tutela subsidiaria de bienes jurídicos a través de la preventión general y especial, siempre con un respeto absoluto a los derechos y las garantías constitucionalmente asegurados. En consecuencia, las decisiones valorativas fundamentales se encuentran positivizadas constitucionalmente, y es dentro de estos límites que la política criminal actuará, concretizándolas, racionalizándolas, considerando el conocimiento empírico y reflexionando sobre las alternativas más eficaces y menos gravosas para la realización de estos fines básicos.

Otra pregunta que necesita ser respondida es la de los *límites* entre la actuación del intérprete y la del legislador. Al fin y al cabo, tradicionalmente, la política criminal era tarea exclusiva del legislador. El intérprete nada más tenía que obedecer a las decisiones previamente tomadas por el primero. Entonces, ¿la propuesta funcional no acabaría por erigir al interprete en legislador?

El legislador, por más que lo deseé, no consigue regular todos los casos posibles que la práctica en su día a día presenta a los ojos del intérprete. De modo que, por más que la Constitución contenga una serie de principios básicos y la ley penal una extensa concretización de estos principios, en normas y reglas un tanto claras, siempre quedan zonas de indeterminación en las que más de una opinión aparece como defendible. Es en estas zonas de indeterminación que la política

ração monista-funcional da teoria do delito, en: Lélio Calhau (ed.), *Estudos Jurídicos - Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*, Minas Gerais, 2000, p. 36 y ss.. Críticamente, p. ej., SILVA FRANCO, *Um prognóstico ousado. As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010*, en: Messuti (coord.), *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*, FCU, Montevideo, 1998, p. 13 y ss. (p. 28 y ss.).

¹²⁵ Para una exposición y crítica, cf. João Marcello de ARAÚJO JR., *Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos*, en: João Marcello Araújo Jr. (ed.), *Sistema Penal para o terceiro milênio*, Revan, Rio de Janeiro, 1991, p. 65 y ss. (p. 70 y ss.).

criminal puede actuar: esta actúa definiendo cuál de las opiniones meramente defendibles debe ser entendida como la opinión correcta. Por lo tanto, la política criminal que el intérprete debe realizar actúa en los espacios abiertos por la Constitución y por el legislador¹²⁶. Al intérprete le es prohibido exceder estos límites, bajo pena de erigirse en legislador, lo que tendrá consecuencias desastrosas para el principio de legalidad y para el Estado de Derecho^{127,128}.

Para más detalles sobre esta concepción funcional en la teoría del delito, me remito a otra sede en la cual me manifesté con mayor extensión¹²⁹, y claro también al primer párrafo del libro que el lector tiene en las manos¹³⁰. Me limito, en esta oportunidad, a resaltar la vinculación entre el punto de partida normativista y la teoría de la imputación. Como ya vimos anteriormente, la primera teoría de la imputación nació en un contexto de superación del naturalismo por corrientes neokantianas y neohegelianas. Aquí, nuevamente, el

¹²⁶ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 7/71.

¹²⁷ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 7/71, en especial § 7/74, donde declara que el intérprete está vinculado a la valoración político-criminal del legislador aun cuando esta se muestre errónea. Para un ejemplo de la aplicación de este razonamiento, vide más adelante, b: la cuestión de la punibilidad o no de la culpa leve.

¹²⁸ Un examen detallado de la cuestión metodológica de la admisibilidad de argumentos políticos-criminales en el ámbito dogmático se encuentra en BAHLMANN, *Rechts- und kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzauslegung und -anwendung*, Nomos, Baden-Baden, 1999, que expone en la p. 84 y ss. la posición de ROXIN, y considera válidos tales argumentos, si se atienden determinadas condiciones (comprobación de la necesidad + no-ocultación; p. 178). Es dudoso, sin embargo, si el autor realmente se refiere al problema que aquí se trata, debido a que entiende a los argumentos político-criminales como valoraciones subjetivas del aplicador o como intérprete sobre cómo debería ser el Derecho (p. 121), cuando, en realidad, se trata de tomar las valoraciones *objetivas*, inherentes *a la ley*, y desarrollarlas en los espacios en los que la ley deja una abertura.

¹²⁹ GRECO, *Introdução...*, p. 131 y ss..

¹³⁰ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 7/24 y ss., 51 y ss..

abandono del ontologismo finalista fue presupuesto del nacimiento de la moderna teoría de la imputación, que quería construir su sistema con base en un concepto pre-jurídico de acción, en favor de una perspectiva teleológica, que busca fundamentar cada concepto en una determinada tarea político criminal. Más adelante, veremos en qué consiste la específica tarea político-criminal del tipo y en qué medida esto exigió la construcción de una teoría de la imputación objetiva.

b) La referencia a la realidad (materia jurídica)

Una política criminal que quiera producir efectos sobre la realidad, protegiendo efectivamente bienes jurídicos y garantizando la seguridad de los ciudadanos en frente del poder punitivo estatal, debe conocer la realidad sobre la cual irá a actuar. De lo contrario, no alcanzará los objetivos pretendidos, y todo el tiempo y esfuerzo invertidos no pasaran de ser un desperdicio. Por tanto, es el propio punto de partida político-criminal que exige el abandono de un abordaje exclusivamente normativista en favor de que se tomen en cuenta, también, datos de la realidad. Sin embargo, ¿de qué manera pueden tales datos de la realidad venir a alterar las características del sistema?

En rigor, ello se logra de dos formas. En primer lugar, a medida en que el Derecho Penal pierde su legitimación metafísica, retributiva y absoluta, pasa a legitimarse, en gran parte, por sus consecuencias, esto es, por su capacidad de “producir consecuencias deseadas y evitar las indeseadas”¹³¹. Estas consecuencias son reales y deben, por tanto, ser pasibles de comprobación empírica, pudiéndose decir lo mismo de sus presupuestos, que son, antes de todo, la propia norma jurídica y el contenido que el intérprete le adscribe. En consecuencia, en la medida en que *los datos empíricos comprueben la funcionalidad o disfuncionalidad de determinada interpretación* para la obtención de

¹³¹ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^a edición, Beck, Múnchen, 1990, p. 22.

los fines deseados, esto será tomado en cuenta, a su favor o no¹³². En un ejemplo: el legislador al declarar la culpa punible no se manifestó expresamente sobre la culpa leve¹³³. ¿Esta última debe ser punida o no? Aquí, tanto la respuesta afirmativa como la negativa se muestran plausibles, de modo que la política criminal es quien debe resolver la cuestión. Si la prohibición tiene la finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos a través de la prevención general, positiva (reafirmación de la vigencia de la norma y de los valores violados por el transgresor) y negativa (intimidación de potenciales transgresores), solo se justifica punir la culpa leve en la medida en que se puedan alcanzar estos objetivos. Sin embargo, los datos empíricos demuestran que la eficacia intimidatoria está comprometida: finalmente, todos son pasibles de pequeños deslices, siendo humanamente imposible mantenerse las 24 horas del día plenamente atento¹³⁴. Por otro lado, ocurre lo mismo con los datos empíricos que cuestionan la eficacia preventivo-general positiva: en razón de que todos pueden cometer errores leves, no se interpreta la lesión originada por la culpa leve como una agresión a la vigencia de la norma y a los valores que tu-

¹³² Cf., especialmente, ROXIN, *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*, en: RBCC 35, 2001, p. 13 y ss. (trad. Luís Greco), estudio en el que intenta demostrar de qué manera los conocimientos empíricos pueden ser utilizados por una dogmática político-criminalmente fundada. Escéptico en cuanto a la fecundidad de la contribución de las ciencias sociales, NAUCKE, *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts*, en: Hassemer / Lüderssen / Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, p. 1 y ss..

¹³³ Cf., para este ejemplo, ROXIN, *Sobre a fundamentação..., pp. 23-24.*

¹³⁴ Así, también, ROXIN, *Sobre a fundamentação..., p. 24; SCHLÜCHTER, Kleine Kriminologie der Fahrlässigkeitsdelikte*, en: H.-J. Albrecht etc. (eds.), *Festschrift für Günther Kaiser*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 359 y ss., (p. 372). Esta autora presenta interesantes estudios empíricos (p. 363 y ss.) para sustentar la posición que defiende.

tela, sino casi como un accidente, un hecho de la naturaleza^{135,136}. Se aprecia, por tanto, que la culpa leve no merece ser punida, pues, de lo contrario, se estaría concretizando el espacio indeterminado de la norma de modo político-criminalmente disfuncional¹³⁷.

La dificultad en la utilización de este orden de datos empíricos está en su obtención, que a veces requiere extensas y costosas investigaciones de campo. Sin embargo, una teoría del delito político-criminalmente fundada, al mostrarse dispuesta a recepcionar tales conocimientos y darles un lugar dentro del sistema, igualmente estimula y requiere que sean llevadas adelante tales pesquisas, lo que conllevará a una ganancia de racionalidad para la argumentación del dogmático.

Hay, sin embargo, una segunda manera a través de la cual la realidad se incorpora al sistema: la concretización de la norma a la luz de *grupos de casos*¹³⁸. El legislador, como fue resaltado anteriormente,

¹³⁵ Cf. ROXIN, *Sobre a fundamentação...*, p. 24; SCHLÜCHTER, *Kleine Kriminologie...*, p. 372 y 373.

¹³⁶ ROXIN, *Sobre a fundamentação...*, p. 24, y SCHLÜCHTER *Kleine Kriminologie...*, p. 373, trabajan igualmente con un argumento preventivo-especial – en la culpa leve, no existiría necesidad de resocialización – que no estoy reproduciendo, por creer que necesidades preventivo-especiales jamás pueden justificar una pena.

¹³⁷ ROXIN, *Strafrecht...*, § 24/86; SCHLÜCHTER, *Kleine Kriminologie...*, p. 373; en el mismo sentido, igualmente argumentado con base en los fines de la pena, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlag, Wien, 1974, p. 201.

¹³⁸ Cf., también, en mi *Introdução...*, p. 136 y ss., donde hice una rápida referencia al método de la construcción de grupos e intenté explicarlos a través de un ejemplo: el de la fijación del inicio de la ejecución en la tentativa.

Sobre el método de grupos de casos en general, cf. LARENZ, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsfortbildung*, en: *Festschrift für Nikisch*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1958, p. 275 y ss. (292 y ss.); LARENZ / CANARIS, *Methodenlehre...*, pp. 113-114; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre...*, p. 548 y ss.; críticamente, Ralph WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklausel durch Fallgruppen*, en: *Archiv für zivilistische Praxis* 192 (1992), p. 516 y ss., para quien el método de construcción de grupos de

se limita, comúnmente, a enunciados genéricos e imprecisos, dejando para los intérpretes la tarea de descubrir el alcance exacto de la norma. El legislador proporciona, ciertas veces, nada más que líneas rectoras, directrices de orientación, que precisan ser convertidas en enunciados más precisos, en la confrontación con los casos que se van a regular – la llamada *materia jurídica (Rechtsstoff)*¹³⁹. Por ejemplo, nuestro legislador considera al error de prohibición inevitable un motivo para que se exima al autor de la pena (art. 21). Aquel que práctico una acción típica y antijurídica desconociendo que su acto viola el ordenamiento jurídico solo será punido si su error pueda ser considerado como evitable. No obstante, ¿qué es la evitabilidad?, ¿qué es la inevitabilidad?, ¿cuándo un error puede considerarse inevitable? ¿a partir de qué punto será evitable? Aquí ninguna explicación del significado de la palabra evitabilidad representará un avance significativo. Poco beneficia al juez, que tiene delante de sí el caso concreto, saber si evitable era lo que no puede ser disculpado, el error insuperable, el error en que “incidiría cualquier hombre prudente y con discernimiento”¹⁴⁰, o el error que el autor concreto podría no haber cometido, debiéndose tomar en cuenta “la capacidad personal y concreta de percibir que su comportamiento está en contraste con los principios ético-jurídicos”¹⁴¹. Esto, porque todas estas explicaciones se encuentran en el mismo nivel de abstracción de aquello que desean esclarecer. El juez solo tendrá en sus manos una fórmula más

casos, entre otros problemas, desconoce la función social de las cláusulas generales, que es la de liberar al intérprete de las ataduras de las descripciones legales, abriendo espacio para la justicia de lo concreto. (p. 556); para una respuesta convincente, BEATER, *Generalklausel und Fallgruppen*, en: *Archiv für zivilistische Praxis* 194 (1994), p. 82 y ss..

¹³⁹ ROXIN, *Funcionalismo..., § 7/82 y ss.; Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 260 y ss.; y, detalladamente, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a edición, DeGruyter, Berlin / New York, 2000, p. 528 y ss.. El lector observará la frecuencia con la que ROXIN utiliza esta expresión en el libro que tiene en manos.

¹⁴⁰ JESUS, *Direito penal...*, p. 428.

¹⁴¹ MESTIERI, *Manual...*, p. 183.

precisa, a medida que se consiga reducir el nivel de abstracción, en el cual la discusión se vuelva más concreta. Y el instrumento para ello es la construcción de una serie de grupos de casos.

Continuando con nuestro *ejemplo: el error de prohibición* exime de la pena cuando es *inevitable*. Sin embargo, ¿en qué consiste la inevitabilidad? Simplificadamente¹⁴², el error de prohibición no excluirá la pena cuando el autor, a través de la *reflexión* y de la *información*, pudiese llegar al conocimiento de la ilicitud del acto. No obstante, debido a que la ley no puede exigir al ciudadano que piense antes de cada uno de sus actos si se trata de un acto prohibido, este debe tener un *motivo* para reflexionar e informarse: motivo que surgirá en tres grupos de casos, los cuales serán, cuando 1) el autor practique una actividad regulada con normas específicas; 2) cuando el autor tenga duda sobre la ilicitud del hecho; y 3) cuando el autor tenga conocimiento de la antijuricidad material, esto es, del carácter socialmente lesivo de su conducta. De ese modo, sustituimos el concepto genérico (evitabilidad) por una serie de subconceptos (motivo, reflexión, información) y grupos de casos (actividad específicamente regulada, duda, conciencia de la antijuricidad material), dejando que la realidad penetre en el sistema, incrementando la precisión y la seguridad de las soluciones a las que se llega.

Este método, de concretización a través de grupos de casos, es utilizado con bastante frecuencia en la Ciencia del Derecho alemán, también fuera del Derecho Penal. Es un civilista y comercialista quien

¹⁴² Hay muchas discusiones sobre el tema, en las que no nos interesa entrar. Sigo, por tanto, fielmente la teorización de ROXIN, *Strafrecht...*, § 21/37 y ss.. El lector más interesado puede consultar la profunda, aunque ya relativamente antigua, tesis de la habilitación de RÜDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, Verlag Otto Schwarz, 1969, p. 193 y ss.; más breve y reciente, NEUMANN, *Der Verbotsirrtum* (§ 17 StGB), en: JuS 1993, p. 793 y ss. (p. 797 y ss.). Entre nosotros, el tema es tratado de manera un tanto sucinta. Cf., aun así, Luiz Flávio GOMES, *Erro de tipo e erro de proibição*, 4^a edición, RT, São Paulo, 1999, p. 134 y ss.; Cézar BITENCOURT, *Erro jurídico-penal*, RT, São Paulo, 1996, p. 74 y ss..

afirma que “es, de hecho, una de las características principales de la Ciencia del Derecho actual percibir al desarrollo de grupos de casos como una de sus principales tareas”¹⁴³. Es famoso el trabajo de concretización realizado en torno al principio de buena fe (§§ 157 y 242, del BGB, Código Civil Alemán)¹⁴⁴. La jurisprudencia y la doctrina, frente a un concepto altamente indeterminado, construyeron varios grupos de casos¹⁴⁵, tales como la obtención desleal de la propia posición jurídica (viola la buena fe quien hace valer un derecho que obtuvo a través de un comportamiento ilegal)¹⁴⁶, el comportamiento propio contrario al deber (quien viola una obligación fundamental no puede exigir de la otra parte que cumpla su obligación, bajo pena de violar la buena fe)¹⁴⁷, el comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*: aquel que creó en otra persona la confianza fundada de que no utilizaría más un derecho no puede ejercerlo más, de lo contrario estará violando la buena fe)¹⁴⁸, etc. En la teoría de los

¹⁴³ CANARIS, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, en: JZ 1993, p. 377 y ss., (p. 380). Y su profesor, LARENZ, *Grundformen wertorientierten Denkens in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift für Wilburg Leykam* Verlag, Graz, 1975, p. 217 y ss. (p. 222), menciona la construcción de grupos de casos (tipo de casos) entre las formas básicas del pensamiento orientado a valores en la ciencia del derecho.

¹⁴⁴ El primero de estos dispositivos determina que “los contratos deben ser interpretados según las exigencias de la buena fe, considerando las costumbres del tráfico jurídico”; el otro, señala que “el deudor es obligado a efectuar la prestación según las exigencias de la buena fe y de las costumbres del tráfico jurídico”.

¹⁴⁵ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8^a edición, Beck, München, 1997, § 16/28 y ss.; cf., además, la clásica obra de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, 2^a edición, Civitas, Madrid, 1982, trad. José Luís Carro, p. 43 y ss.. Sobre la buena fe en general, en lengua portuguesa, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1997.

¹⁴⁶ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil...*, § 16/29.

¹⁴⁷ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil...*, § 16/34.

¹⁴⁸ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil...*, § 16/44.

derechos fundamentales, que lida con conceptos de altísimo grado de abstracción, el método del grupo de casos goza igualmente de gran popularidad¹⁴⁹. De esta forma, el aplicador del Derecho no se ve más frente a la indeterminación y la abstracción, pero sí de tipologías relativamente concretas de casos que se muestran suficientemente manipulables y seguras.

Con ello, queda esclarecida una de las perplejidades apuntadas después del inicio de este estudio: la cuestión de la “*cara*” de la teoría, el hecho de que parezca un todo disperso y difuso, un “conglomerado de categorías”¹⁵⁰. En realidad, la teoría no hace nada más que tomar dos criterios genéricos, dos líneas de orientación —la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su respectiva realización en el resultado—, y concretizarlas frente a diversos grupos de casos. Por un lado, disminución del riesgo, riesgo jurídicamente irrelevante y riesgo permitido son concretizaciones de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Por otro lado, comportamiento alternativo conforme al Derecho y fin de protección de la norma son concretizaciones de la realización del riesgo en el resultado. Por tanto, se trata de un procedimiento que nada tiene de peculiar a la imputación objetiva, pero que se encuentra en innumerables otros puntos en la teoría del delito, y preferencialmente allí donde todavía se está trabajando con conceptos genéricos. Si, en Brasil, no teníamos alguna noticia de este desarrollo metodológico, esto es aún síntoma de que no era solamente la imputación objetiva lo que ignorábamos.

¹⁴⁹ Cf., por todos, PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte – Staatsrecht* II, 14^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1998, donde se puede ver cómo la doctrina alemana estructura la teoría de los derechos fundamentales con base en una serie de conceptos genéricos (*ámbito de protección* = *Schutzbereich*, restricción = *Eingriff*, justificación = *Rechtfertigung* – nm. 195 y ss.), concretizados, de derecho fundamental a derecho fundamental, preferencialmente a través de grupos de casos.

¹⁵⁰ Armin KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, en: Vogler / Hermann (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 251 y ss., (p. 271). (Este estudio está traducido para el español por Joaquín Cuello, en: ADPCP, 1985, p. 807 y ss.).

Si tuviéramos el cuidado de ver cómo son tratados, actualmente, la legítima defensa (en especial las llamadas “restricciones ético-sociales a la legítima defensa”)¹⁵¹, el delito omisivo improPIO (principalmente la dogmática de la posición de garante)¹⁵², la autoría mediata (aquí la diferenciación entre grupo de casos es bien tradicional)¹⁵³, la teoría de la tentativa¹⁵⁴, etc., veríamos que la teoría del delito está, en su totalidad, más complicada y detallada de lo que era hace algunas décadas – y esto se debe, en parte, a la aplicación del método de los grupos de casos. No obstante, el aumento en la complejidad es el precio que se paga por la seguridad y por el acierto político-criminal de las decisiones. La alternativa es el arbitrio judicial.

3. La fundamentación de la moderna teoría de la imputación objetiva

Al analizar el contexto metodológico del surgimiento de la teoría de la imputación objetiva, en especial la técnica de la construcción de grupos de casos, solucionamos el primero de los problemas no resueltos presentados en la introducción (anteriormente en, I), sobre el aspecto relativamente confuso de la teoría. Ahora, trataremos específicamente del segundo problema allí colocado que se refiere a la necesidad y legitimidad de una teoría. ¿Por qué se necesita de una

¹⁵¹ Al respecto, detalladamente, cf. GÜNTHER, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, 7^a edición, 31. Lfg., 1999, § 32/102 y ss...

¹⁵² Para una referencia detallada, OTTO / BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, en: Jura 1985, p. 530 y ss., p. 592 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Heymanns, Köln etc., 1992, p. 159 y ss.; también, GIMBERNAT ORDEIG, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, en: ZStW 111 (1999), p. 306 y ss..

¹⁵³ Cf. ROXIN, *Täterschaft...*, p. 142 y ss.; de excepcional claridad y brevedad STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a edición, Heymanns, Köln etc., 2000, § 12/30 y ss..

¹⁵⁴ Cf. ROXIN, *Resolução do facto e começo da execução na tentativa*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993 (trad. Maria Fernanda Palma), p. 295 y ss..

imputación objetiva? ¿En qué se fundamenta? ¿Qué principios e ideas le sirven de base? ¿Para qué sirve esta teoría? Dividiré la respuesta a esta pregunta en dos etapas. En primer lugar, analizaremos los *fundamentos teóricos* de la moderna teoría de la imputación objetiva (en seguida en a). Sin embargo, como el Derecho es una ciencia aplicada, una buena fundamentación teórica no es suficiente para garantizar la sobrevivencia de una construcción dogmática. Además, será necesario que la construcción presente *resultados prácticos positivos*, ya que sin estos todo no pasaría de ser un diletantismo (más adelante, b).

a) fundamento teórico / constitucional

Hemos visto, anteriormente, que al crear la moderna teoría de la imputación objetiva y la idea que le servía de espina dorsal —el principio de riesgo— ROXIN no se preocupó en proporcionar una fundamentación más extensa. Sin embargo, el porqué de una imputación objetiva y de la idea del riesgo será debidamente explicitado por él y por sus alumnos. Se destacan, sobre todo, los trabajos de SCHÜNEMANN, RUDOLPHI y WOLTER¹⁵⁵.

¹⁵⁵ La mayor parte de los estudios de ROXIN ya fue citada en el curso del texto, pero para que las referencias estén (relativamente) completas, estas son: ROXIN, *Pflichtwidrigkeit...* (= *Violação do dever...*); el mismo autor, *Gedanken...* (= *Reflexões...*); el mismo autor, *Zum Schutzzweck...*; el mismo autor, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz...*; el mismo autor, *Finalität...*; el mismo autor, *Bemerkungen zum Regrebverbot*, en: Jescheck / Vogler (eds.), *Festschrift für Tröndle*, DeGruyter, Berlin / New York, 1989, p. 178 y ss. (hay traducción para el español, de Abanto Vásquez, en: ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, Edersa, Lima, 1998, p. 47 y ss., y de Sancinetti, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, n.º 6, (1997), p. 19 y ss.); el mismo autor, *A teoria...*; el mismo autor, *Strafrecht...*; el mismo autor, *Schuld und Schuldausschluß im Strafrecht*, en: Bemann / Spinellis (eds.), *Festschrift für Mangakis*, Sakkoulas Verlag, Athen – Komotini, 1999, p. 237 y ss.; el mismo autor, *Prefácio à tradução brasileira de Política criminal e sistema jurídico-penal*, trad. Luís Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2000; el mismo autor, *Sobre a fundamentação...*; el mismo autor, *Funcionalismo...*.

Como se ha dicho, dentro de una perspectiva funcional, po-

SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, en: JA 1975, p. 435 y ss., p. 511 y ss., p. 575 y ss., p. 647 y ss., p. 715 y ss., p. 787 y ss.; el mismo autor, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?*, en: NStZ 1982, p. 60 y ss.; el mismo autor, *Einführung...*; el mismo autor, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, en: GA 1985, p. 341 y ss.; el mismo autor, *Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung. Eine Zwischenbilanz*, en: Schünemann / Pfeiffer (eds.), *Die Rechtsprobleme von Aids*, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 373 y ss. (p. 469 y ss.); el mismo autor, *Über die objektive...*, p. 207 y ss..

RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schtuzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, en: JuS 1969, p. 549 y ss.; el mismo autor, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 69 y ss. (hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: Schünemann (ed.), *El sistema moderna del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 81 y ss.); el mismo autor, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1^a edición, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1975, vor § 1; el mismo autor, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6^a edición, 26^a Lfg. (Junio 1997), Luchterhand, Neuwied, vor § 1 (que será citado como SK⁶ vor § 1).

WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, en: ZStW 89 (1977), p. 649 y ss.; el mismo autor, *Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkenntnbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en: GA 1977, p. 257 y ss.; el mismo autor, *Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht*, en: JuS 1978, p. 748 y ss.; el mismo autor, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981; el mismo autor, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 103 y ss. (hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: Schünemann [ed.], *El sistema moderna del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 108 y ss.); el mismo autor, *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en: GA 1984, p. 443 y ss.; el mismo autor, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, en: GA 1991, p. 531 y ss.; el mismo autor, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem*

lítico-criminalmente orientada, los conceptos jurídicos deben ser construidos de manera que satisfagan determinadas funciones¹⁵⁶. Sin

neuen Strafrechtssystem, en: *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, R. v. Dencker's Verlag, Heidelberg, 1993, p. 269 y ss.; el mismo autor, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*, en: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 3 y ss.; el mismo autor, *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem*, en: Gimbernat etc. (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 3 y ss. (citado como *Internationale Dogmatik...* - hay traducción española, de Silvina Bacigalupo, en: Gimbernat etc. (ed.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Servicio de Publicaciones – Facultad de Derecho, Madrid, 1994, p. 65 y ss.); el mismo autor, *Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründe, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe*, en: Wolter / Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 1 y ss.; el mismo autor, *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, en: GA 1996, p. 207 y ss.; el mismo autor, *Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de derecho penal*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 101 y ss.. La exposición está simplificando especialmente la teoría de WOLTER, que presenta innumerables detalles y evoluciones que aquí no tendría sentido introducir.

La fundamentación que más adelante presento tiene carácter expositivo y aproximativo. No se excluye que los diversos autores de la escuela de ROXIN utilicen, en ciertos puntos, terminología diversa, o traten los problemas en diferentes sectores de la teoría de la imputación. ROXIN, por ejemplo, discrepa de sus alumnos especialmente en su concepción de las relaciones entre desvalor de la acción y desvalor del resultado, norma de determinación y norma de valoración, los cuales constituyen, para él, una unidad indivisible (*Strafrecht...*, § 10/97 y ss.). Intenté limitarme a lo que me pareció esencial. Para los detalles, el lector simplemente debe recurrir al texto de ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/39 y ss., y a la bibliografía citada en estas notas al pie de página.

¹⁵⁶ Así, también, p. ej., RUDOLPHI, *Zweck...*, p. 70: "El contenido y los presupuestos tanto de la normal penal de la sanción como de la norma

embargo, las anteriores construcciones del tipo, tanto la del sistema naturalista, que lo hacía agotarse en la causalidad, como la del sistema finalista que nada más exigía una acción finalmente dirigida a la lesión del bien jurídico¹⁵⁷, se muestran disfuncionales ante los fines que el Derecho Penal exige que sean cumplidos por el concepto del tipo. El Derecho Penal tiene la misión constitucional de proteger subsidiariamente los bienes jurídicos más fundamentales para la vida en sociedad¹⁵⁸. En consecuencia, su función es eminentemente preventiva, y preventivo-general¹⁵⁹, toda vez que busca prevenir

penal de comportamiento deben ser determinados también según los fines y objetivos del Derecho Penal estatal"; WOLTER, *Objektive und personale...*, p. 21 y ss..

¹⁵⁷ La descripción de estas construcciones se encuentra anteriormente, ítem II.

¹⁵⁸ ROXIN, *Sentido e limites da pena estatal*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, (trad. Ana Paula Natscheradetz), p. 15 y ss. (p. 43); el mismo autor, *Franz v. Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, trad. Ana Paula Natscheradetz, Vega, Lisboa, 1993, p. 49 y ss. (p. 57 y ss., – subsidiariedad – y 59 y ss. – protección de bienes jurídicos); *Strafrecht...*, § 2/1; RUDOLPHI, *Der Zweck...*, p. 71; como SK⁶ vor § 1/2; WOLTER, *Objektive und personale...*, p. 24. Para el concepto de bien jurídico, el también discípulo de ROXIN, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt a. M., 1972, p. 15 y ss. (histórico), que lo rechaza en favor de la idea de "lesividad social" (p. 330 y ss.).

¹⁵⁹ *Prevención* es la actividad de impedir que nuevos delitos se practiquen. Se le llama *general* cuando es dirigida a la generalidad de la población y tiene por objetivo impedir que cualquier ciudadano pratique delitos; y *especial*, cuando es dirigida al criminal en específico y tiene por objetivo impedir que él mismo practique un nuevo delito. Estas dos formas de prevención pueden, todavía, presentarse en una modalidad negativa y positiva. Se llama *prevención general negativa* cuando se busca intimidar a la generalidad de la población, disuadiéndolos de la práctica de delitos; mientras que se le conoce como *positiva* a aquella que busca el efecto preventivo no a través de la intimidación, sino del convencimiento de los ciudadanos de que los valores tutelados por la norma penal deben ser respetados. La *prevención*

lesiones a bienes jurídicos¹⁶⁰. El tipo, la estructura conceptual que determina lo que es, en principio, prohibido, no puede alejarse de esa misión del Derecho Penal: tiene una función eminentemente preventivo-general. El tipo incorpora el imperativo, la norma penal, que es, por lo tanto, un comando, una norma de determinación^{161,162}. De ese modo, *si el Derecho Penal prohíbe conductas para proteger bienes jurídicos, es obvio que solo tendrá sentido prohibir conductas que, de*

especial puede, igualmente, ser *negativa*, si quisiera impedir el cometimiento de delitos a través de la neutralización del delincuente (segregación, muerte), o será *positiva* si busca estos resultados a través de la resocialización. La imputación objetiva, verá el lector, se funda, especialmente, en consideraciones de prevención general. Para una introducción, entre nosotros, QUEIROZ, *Funções do direito penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 35 y ss..

¹⁶⁰ ROXIN, *Sentido...*, p. 43; Franz v. List..., p. 53 y ss.; RUDOLPHI, *Zweck...*, pp. 70-71; WOLTER, *Objektive und personale...*, pp. 24-25 para quien el Derecho Penal opera no solo preventivamente, sino también represivamente, reprobando conductas y satisfaciendo a las víctimas; SCHÜNEMANN, *Über die objektive...*, p. 214-215, que entiende a la imputación objetiva como derivación directa de una política criminal preventivo-general.

¹⁶¹ SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 438; RUDOLPHI, *Der Zweck...*, p. 76; WOLTER, *Adäquanz...*, p. 257; *Irrtum...*, p. 671; *Grunderfragen...*, p. 106; *Strafwürdigkeit...*, p. 271; *Internationale Dogmatik...*, p. 13. En *Objektive und personale...*, pp. 26-27, p. 47, discrepa el autor, considerando que la norma de determinación se dirige a la prohibición de acciones finales, aunque no sean peligrosas, como en el finalismo extremo. El ilícito, sin embargo, no se agotaría en la contrariedad a la norma de determinación, sino comprendería también una contrariedad a la norma de valoración. Esta tendría por objeto el riesgo creado por el comportamiento del autor. Sobre las normas de determinación y normas de valoración, en la escuela de ROXIN, también, HAFFKE, *Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnormen für die strafrechtliche Zurechnung*, en: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 89 y ss..

¹⁶² Recuérdese, aquí, la construcción de Armin Kaufmann y su escuela, basada en las normas de determinación (anteriormente, III, 3, e).

alguna forma, los amenacen, en otras palabras: conductas peligrosas¹⁶³. Al contrario de lo que afirman ciertos defensores del finalismo, no basta que el sujeto quiera destruir el bien jurídico, no basta que este actuando una finalidad lesiva al bien jurídico¹⁶⁴. Por más intensa que sea la voluntad del famoso sobrino de matar a su tío al enviarlo al bosque, el hecho es que no práctico una acción típica. Si, desde una perspectiva *ex ante*¹⁶⁵, la acción practicada no parece peligrosa a los ojos de un observador objetivo, dotado de conocimientos especiales del autor (prognosis póstuma objetiva, idéntica a la teoría de la adecuación¹⁶⁶), no habrá razón para que sea prohibida. Esto, porque las normas penales no prohíben acciones que ni siquiera generen riesgos

¹⁶³ ROXIN, *Reflexões...*, p. 148; en *Funcionalismo...*, § 7/57, y *Schuld...*, pp. 238-239, el autor entiende que el principio de la culpabilidad fundamenta la imputación objetiva; ya en *Prefácio do autor à tradução brasileira*, en: *Política criminal...*, p. XI, se refiere a la imputación objetiva como resultante de la función preventivo-general de los tipos; de la misma forma en *Sobre a fundamentação...*, p. 16.

Cf. tb. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 438; *Über die objektive...*, pp. 214-215; con especial énfasis, RUDOLPHI, *Zweck...*, pp. 76-77: “Las prohibiciones penales siempre son prohibición de acciones objetivamente peligrosas.”, y p. 81; WOLTER, *Adäquanz...*, p. 257; *Irrtum...*, p. 672; *Objektive und personale...*, p. 26, p. 47, p. 94; *Grundfragen...*, p. 105.

¹⁶⁴ P. ej., Arm. KAUFMANN, *Zum Stande...*, p. 403: “Inclusive la tentativa supersticiosa es, por tanto, un injusto”. Un ejemplo de tentativa supersticiosa sería pedir al “pai de santo” una plaga para que alguien muera, o invocar a un demonio que se cree que es capaz de dominar los rayos y matar a una persona (ejemplo de ZIELINSKI, *Handlungs...*, p. 161, nota 33, que considera tal tentativa un acto ilícito).

¹⁶⁵ ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 73; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 438, p. 441; *Über die objektive...*, p. 216; RUDOLPHI, *Der Zweck...*, p. 78; WOLTER, *Adäquanz...*, p. 257; *Der Irrtum...*, p. 671-672; *Konkrete Erfolgsgefahr...*, p. 750, 754; *Objektive und personale...*, p. 48, p. 75 y ss., p. 94, p. 103 (para el delito omisivo); *Strafwürdigkeit...*, p. 272.

¹⁶⁶ Sobre la teoría de la adecuación y la prognosis póstuma objetiva, cf. anteriormente, III, 3, a.

*jurídicamente relevantes*¹⁶⁷. De otro modo, sería prohibir por prohibir, sin algún respaldo en las funciones del Derecho Penal, lo que se muestra ilegítimo dentro de un Estado Social de Derecho, que solo restringe la libertad del ciudadano en la medida de lo estrictamente necesario. La idea de riesgo, centro de toda la moderna teoría de la imputación objetiva, se fundamenta, de esta forma, en el hecho de que el Derecho Penal, para proteger bienes jurídicos y cumplir su función preventiva, solo puede prohibir acciones *ex ante* peligrosas.

Sin embargo, ni todas las conductas peligrosas son prohibidas por las normas penales. El día a día está repleto de acciones que generan riesgos altamente significativos, o en la terminología de la imputación objetiva: jurídicamente relevantes. La cantidad actual de muertes en el tránsito es más que prueba del peligro inherente a esta actividad. Igualmente, la fabricación y venta de armas es permitida dentro de ciertas condiciones, aún cuando se sabe que son armas y artefactos peligrosos con vocación para la destrucción de bienes jurídicos. Prohibir terminantemente la práctica de toda acción peligrosa congelaría la vida social; con lo cual transformaría el día a día en un museo¹⁶⁸, restringiendo la libertad de los ciudadanos de modo absolutamente desproporcional al efectivo beneficio en la protección de bienes jurídicos. El Derecho Penal busca la protección de bienes jurídicos, pero no una protección a cualquier costo: solo es político-criminalmente defendible prohibir acciones que, además de arriesgadas, excedan el *riesgo permitido*¹⁶⁹. Este concepto define

¹⁶⁷ ROXIN, *Reflexões...*, p. 149 y ss.; *Finalität...*, p. 238, p. 249; *A teoria...*, II, 1; *Funcionalismo...*, § 11/49.

¹⁶⁸ Para usar la bella imagen creada por WELZEL, *Studien...*, p. 140, al fundamentar la necesidad del concepto de adecuación social.

¹⁶⁹ ROXIN, *Reflexões...*, p. 152; *Finalität...*, p. 245, p. 249; *A teoria...*, III, 2; *Funcionalismo...*, § 11/60; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 575; RUDOLPHI, *Der Zweck...*, p. 81; SK⁶ vor § 1/62; WOLTER, *Adäquanz...*, p. 264.

Sobre el riesgo permitido, dentro de la inmensa bibliografía existente, cf. principalmente el histórico de PREUB, *Untersuchung zum erlaubten Risiko*

hasta qué punto y bajo qué condiciones el ordenamiento jurídico está dispuesto a aceptar que se practiquen acciones peligrosas. El riesgo de manejar es permitido desde que se respeten los límites de velocidad y las demás reglas del tránsito; el riesgo de fabricar y vender armas es permitido desde que se observen las normas jurídicas y técnicas que regulan la actividad. Los detalles de la concretización de este riesgo permitido, a través de normas jurídicas (p. ej., el Código Nacional de Tránsito), normas técnicas (p. ej., ciertos *standards* de seguridad fijados por asociaciones privadas), la figura del hombre prudente (el conductor prudente, el fabricante de armas prudente, el médico prudente..., a ser utilizados allá donde la actividad no esté regulada), el principio de la confianza (la idea de que, en principio, nadie tiene que contar con el comportamiento antijurídico ajeno, sin embargo puede confiar en que el tercero respetará el Derecho), no pueden ser analizados en esta sede¹⁷⁰. Ya estamos, en gran parte, familiarizados con estos, ya que los conocemos, bajo otra rúbrica: no el riesgo permitido, sino el deber objetivo de cuidado en el delito culposo. Sin embargo, se debe apuntar al principio general, que orienta todas estas concretizaciones: una *ponderación*, entre la *libertad general* de los ciudadanos, de un lado, y los *bienes jurídicos* que se desea proteger, de otro¹⁷¹. En esta ponderación, son tomados en cuenta especialmente el valor del bien jurídico protegido, el grado de peligro creado por la acción que lo amenaza, la existencia de alternativas menos arries-

im *Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 15 y ss., que, sin embargo, confiere a esta figura función diversa dentro del delito culposo (p. 78 y ss.) y doloso (p. 194 y ss.).

¹⁷⁰ Para más detalles, vide ROXIN, *Strafrecht...*, § 24/14 y ss.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt...*, p. 44 y ss.; y, en especial, la investigación de KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C. F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 101 y ss.; entre nosotros, CIRINO, *A moderna...*, p. 102 y ss..

¹⁷¹ ROXIN, *Violação do dever...*, p. 259; *Finalität...*, p. 245: "motivos superiores de interés público"; *Funcionalismo...*, § 11/60; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 575; RUDOLPHI, SK⁶ vor § 1/62; WOLTER, *Adäquanz...*, p. 265.

gadas, etc¹⁷². La fijación del riesgo permitido es más un punto en el que los conocimientos empíricos se muestran fecundos también para el dogmático¹⁷³.

Sabemos, ahora, el porqué del primer requisito de la imputación objetiva, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (no permitido). Sin embargo, para que un resultado pueda ser imputado a alguien, además, será preciso que surja como la *realización del riesgo creado por el autor*. Ello resulta, también, de la función preventivo-general del Derecho Penal tanto en su modalidad de prevención general negativa (intimidación de potenciales transgresores) como de la prevención general positiva (reafirmación del ordenamiento jurídico violado). No tendría sentido, del punto de vista de la prevención general negativa, punir al autor por la realización de riesgos que no creó, justamente porque él no puede impedir otros riscos que no sean aquellos que crea. Punir al autor cuando se realiza un riesgo general de la vida (como en el caso del accidente de ambulancia), o un riesgo creado por un tercero (médico que comete un craso error al operar a la víctima lesionada por el autor), no mejoraría, en absoluto,

¹⁷² Sobre la ponderación, especialmente SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 576, que presenta una tipología de acciones, cada una con niveles crecientes de riesgos permitidos: acciones de lujo, acciones socialmente comunes, acciones socialmente útiles y acciones socialmente necesarias; CASTALDO, *La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante'*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 233 y ss.; PRITTWITZ, *Die Ansteckungsgefahr bei Aids*, en: JA 1988, p. 427 y ss. (p. 436 y ss.); para una exposición (un tanto desordenada) de los criterios presentes en la doctrina, del mismo autor, *Strafrecht und Risiko...*, p. 281 y ss.. Sobre la ponderación de bienes e intereses, y su importancia para el derecho en general, cf. LARENZ, *Methodische Aspekte der "Güterabwägung"*, en: Hauss / Schmidt, *Festschrift für Klingmüller*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1974, p. 235 y ss..

¹⁷³ Cf. ROXIN, *Sobre a fundamentação...*, p. 16. Sobre la importancia de lo empírico en una dogmática político-criminalmente orientada, cf. anteriormente, IV, 2, b.

la situación de estos bienes jurídicos, ya que estos podrían muy bien realizarse sin alguna intervención del autor. Además, sería disfuncional también ante las finalidades de la prevención general positiva que se responsabilizase al autor por riesgos que no haya creado: los ciudadanos solamente comprenderán el sentido reprobable de un comportamiento prohibido si el resultado que cause no sucede por causalidad, sino por realización del riesgo creado por el autor¹⁷⁴.

Nótese que si, en el plano de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, la conducta del autor era analizada según la óptica de una norma imperativa (norma de determinación), de una perspectiva *ex ante*, ahora, en el plano de la realización del riesgo, este análisis es complementado por una *norma de valoración*, que incide *ex post*¹⁷⁵. Es decir, para que descubramos si un riesgo se realizó o no en el resultado, es necesario acudir a todos los datos fácticos relevantes, aún a aquellos que solo serían reconocibles después de la práctica de la conducta, tales como una enfermedad grave y rarísima de la víctima que la vuelve vulnerable a tratamientos absolutamente normales.

La realización del riesgo depende, en realidad, de requisitos resultantes de la misma idea preventivo-general: en primer lugar, la *previsibilidad* del resultado, y del curso causal que lo ocasionó¹⁷⁶. Al

¹⁷⁴ Presentado esta fundamentación desde la perspectiva de la prevención general positiva, WOLTER, *Der Irrtum...*, p. 686; *Konkrete Erfolgsgefahr...*, p. 751; *Objektive und personale...*, p. 49, p. 72.

¹⁷⁵ WOLTER, *Irrtum...*, p. 681; *Objektive und personale...*, p. 28, p. 69; *Grundfragen...*, pp. 106-107, p. 111; *Strafwürdigkeit...*, p. 271, p. 272; *Internationale Dogmatik...*, p. 10; SCHÜNEMANN, *Über die objektive...*, p. 216, p. 219. Sobre la opinión discrepante de ROXIN, cf. anteriormente, nota 155.

¹⁷⁶ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/63, que habla de “segundo juicio de peligro”, con lo que hace clara referencia a la teoría de la adecuación, a la previsibilidad, de un punto de vista *ex post*; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 580; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit...* p. 551, 552, que insiste en la necesidad de complementar este criterio con consideraciones sobre el fin de protección de la norma; WOLTER, *Irrtum...*, pp. 677-678; *Objektive und personale...*, p. 29; *Internationale Dogmatik...*, p. 16 y ss..

fin y al cabo, no tiene sentido querer evitar, mediante la amenaza penal, aquello que nadie puede prever. Solo resultados y cursos causales previsibles (nuevamente, teoría de la adecuación, pero esta vez de una perspectiva *ex post*) pueden ser imputados al autor¹⁷⁷.

En segundo lugar, el resultado debe pertenecer a aquel círculo que la norma de determinación pretendía evitar: resultados ajenos al *fin de protección de la norma* no son imputables¹⁷⁸. La norma que prohíbe rebases peligrosos, p. ej., tiene por finalidad evitar colisiones; si el conductor que fue rebasado sufre, en virtud del susto, un ataque cardíaco, tal resultado se encuentra fuera del fin de la protección de la norma. El razonamiento que está detrás de esta exigencia es simple: punir al autor inclusive cuando se realicen resultados que la norma no pretendía evitar en nada aumentará la seguridad de los bienes jurídicos; quien tiene corazón débil, puede sufrir ataques cardíacos ante a cualquier susto, desde aquel que resulta de un rebasamiento peligroso y prohibido hasta por una mala noticia. En otras palabras: al no guardar alguna relación con el riesgo creado por el autor, tales resultados no son evitables por él a través de la no-práctica de la acción

¹⁷⁷ En especial SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 582; ya WOLTER, *Objektive und personale...*, p. 30, argumenta predominantemente con el componente positivo de la prevención general (ejercicio de fidelidad al Derecho).

¹⁷⁸ ROXIN, *Reflexões...*, p. 154 y ss.; el estudio *Zum Schutzzweck...*, a pesar del título, trata bien limitadamente del fin de la protección de la norma, enfocando de modo primario casos de los que ROXIN actualmente llama de “alcance del tipo” (sobre esta distinción, más adelante, V, 1); *A teoria...*, III, 3; *Funcionalismo*, § 11/72 y ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 715; *Die deutschsprachige...*, p. 358 y ss.. De manera pionera, RUDOLPHI, *Vorhersehrbarkeit...*, pp. 551-552; como SK⁶ vor § 1/64; WOLTER, *Objektive und personale...*, p. 341 y ss.; *Grundfragen...*, p. 113, 117.

Sobre la teoría del fin de protección de la norma en general, cf. DEGENER, *‘Die Lehre vom Schutzzweck der Norm’ und die strafgesetzliche Erfolgsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 2001, que en la p. 19 y ss. expone las posiciones de RUDOLPHI e ROXIN.

prohibida¹⁷⁹. No se puede justificar, frente al autor, la prohibición de rebasamientos peligrosos hablándole de la posibilidad de ataques cardíacos de las personas que son rebasadas.

Finalmente, si el Derecho Penal quiere proteger bienes jurídicos a través de prohibiciones de conductas creadoras de riesgos jurídicamente desaprobados, no tiene sentir punir a alguien en los casos en que, a pesar de la causación del resultado, este se muestra inevitable, ya que habría ocurrido aún con la observancia de los límites del riesgo permitido. El autor no puede ser responsabilizado si su comportamiento contrario al deber, *ex ante* creador de un riesgo jurídicamente desaprobado, no hubiera disminuido, ni siquiera, las chances de sobrevivencia del bien jurídico¹⁸⁰; en otras palabras, solo le serán imputadas aquellas lesiones resultantes de un *aumento del riesgo en frente del comportamiento alternativo conforme al Derecho*¹⁸¹.

Tal vez alguien pregunte: ¿pero y la causalidad? Aquí se habló únicamente de previsibilidad, fin de protección de la norma y au-

¹⁷⁹ Así, cercanamente, RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit...*, p. 551.

¹⁸⁰ ROXIN, *Violação do dever...*, p. 257, p. 259; *Reflexões...*, p. 153; *Funcionalismo*, § 11/76 y 77; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 652; *Die deutschsprachige...*, p. 356, y *Über die objektive...*, p. 226-227, que defiende una variación normativa de la teoría del aumento del riesgo; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit...*, p. 554: “El fin de protección de la norma es evitar todo resultado causado por un riesgo aumentado”; como SK⁶ vor § 1/66 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale...*, p. 37 y ss., especialmente p. 334 y ss.; *Grundfragen...*, p. 112 y 117, donde declara que la idea del aumento del riesgo como “resultante del hecho de que las normas prohibitivas no pueden impedir la intervención peligrosa en bienes jurídicos sin tomar en cuenta si la observancia de la norma habría protegido el bien jurídico, garantizándole (seguramente) una posibilidad de salvación”; *Internationale Dogmatik...*, p. 12; *Menschenrechte...*, pp. 7-8.

¹⁸¹ Sobre este grupo de casos, denominado “comportamiento alternativo conforme ao direito”, cf. ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, que en la p. 72 y ss. expone las principales teorías defendidas al respecto, con análisis inclusive del derecho civil.

mento del riesgo; sin embargo, ¿será posible imputar un resultado, considerándolo realización de un riesgo, si están presentes estos tres requisitos, aunque falte la causalidad? De ninguna manera. La realización del riesgo, al contrario de lo que piensan algunos¹⁸², no substituye a la causalidad, sino la presupone: es imposible decir que determinado riesgo se realizó en el resultado, si la conducta del autor no fue ni siquiera *conditio sine qua non*, o, para utilizar la teoría más aceptada en Alemania actualmente, condición según una ley natural, del resultado¹⁸³. La causalidad no deja, en absoluto, de tener un lugar en el tipo objetivo; es, sin embargo, una cuestión terminológica y secundaria, si la posicionamos dentro de la imputación objetiva, en el plano de la realización del riesgo o fuera de ella, como su presupuesto fundamental.

A manera de síntesis: la imputación objetiva encuentra su fundamento en la idea de que el tipo tiene que ser reconstruido a fin de cumplir una *función preventiva*, de protección de bienes jurídicos. Esta *funcionalización* del tipo genera que solo merezcan ser prohibidas acciones *ex ante* peligrosas, que excedan el riesgo permitido. Igualmente, la función preventiva solo será plenamente satisfecha si

¹⁸² Posición defendida, p. ej., OTTO, *Risikoerhöhung statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, NJW 1980, p. 417 y ss., (p. 421), que no parece atenerse más a ella en su manual (*Grundkurs..., § 6/40-43*); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1982, § 5/60; BUSTOS RAMÍREZ, *La imputación objetiva*, en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 211 y ss., (p. 211); y, entre nosotros, por JESÚS, *Imputação...*, p. 23.

¹⁸³ Cf., sobre esta teoría de la condición conforme a una ley natural, formulada por ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1931, p. 21, vide, en la actualidad, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/14 y ss., y HILGENDORF, *Der „gesetzmäßige Zusammenhang“ im Sinne der modernen Kausallehre*, en: *Jura* 1995, p. 514 y ss., bien como las rápidas consideraciones, que se verán más adelante, por ocasión del sistema de PUPPE (item V, 4).

el riesgo *ex post* realizado en el resultado sea aquel que creó el autor, y no otro.

b) fundamento práctico

Los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva son más que sólidos, ya que se sostienen en las funciones del tipo, las cuales se remiten a la función del Derecho Penal, que, por su parte, es directamente fundada en la Constitución Federal y en la idea de Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, la prueba de fuego de cualquier teoría jurídica es siempre la cuestión de su utilidad práctica¹⁸⁴. ¿La teoría de la imputación objetiva sirve, realmente, para alguna cosa? ¿Qué casos de la vida real puede solucionar? ¿No será, mucho más, una construcción de la media docena de juristas alemanes, que no tienen nada mejor que hacer que fantasear casos absurdos, como el del sobrino que manda al tío para el bosque – o, en palabras de Paulo QUEIROZ, “pura especulación teórica desprovista de interés práctico”¹⁸⁵?

Una respuesta adecuada a estas indagaciones —que, sin duda, se justifican— solo puede ser dada a través de un análisis de los casos juzgados por los tribunales. Y, de preferencia, por *nuestros* tribunales. Es lo que se hará, de modo bastante sumario, por obvias razones de espacio, en adelante.

Juzgamiento 1: *Caso de shock anestésico*¹⁸⁶: Se trata de un caso clásico de desvío en el curso de la causalidad. El denunciado había lesionado a la víctima “mostrando su voluntad de eliminarlo”. No

¹⁸⁴ En este sentido, radicalmente, el clásico estudio de HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, en: *Das Problem der Rechtsgewinnung / Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz / Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Verlag Gehlen, Bad Homburg von der Höhe etc., 1968 (original: 1932), p. 142 y ss. (pp. 146-147).

¹⁸⁵ QUEIROZ, *A teoria...*, p. 8.

¹⁸⁶ Juzgado por el Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 382, (1967), p. 97 y ss.

obstante, la muerte solo ocurrirá en virtud del “shock anestésico, sobreviniendo un síncope cardíaco.” La defensa argumentó que “las heridas no fueron directamente responsables por la muerte, y, es más, si la víctima no hubiese sido anestesiada con exceso de éter sulfúrico, no habría fallecido.” Se habría manifestado una causa sobrevenida, es decir, interrupción del nexo causal, con base en el artículo 11, párrafo único del CP/40, actual art. 13, § 1º, CP/84.

El tribunal no acogió la alegación de la defensa: “ante la teoría de la equivalencia de condiciones, adoptada por el Código Penal en vigencia, se vuelve inaceptable la exclusión de la responsabilidad del apelado, poco importando la ocurrencia del shock anestésico causado, o no, por exceso de éter o por imprudencia de los médicos operadores.” Se rechazó, claramente, que la imprudencia del tercero pudiese servir para negar la relevancia de la contribución del autor al resultado. Por tanto, el denunciado respondería por el delito consumado.

Aquí, se aprecia bien de qué manera la no distinción entre la causalidad y la imputación hace que, después de afirmarse la primera, automáticamente se admita la segunda. La pregunta que el tribunal no formuló, pero que hoy, al poseer una teoría de la imputación objetiva, podemos formular es si el error de un tercero no interrumpe la imputación al causador de las primeras lesiones. Esto es bastante controvertido en la doctrina que, predominantemente, opta por una solución intermedia: estará excluida la imputación ante la culpa grave del tercero (en el caso, de los anestesistas), mientras que, en el caso de la culpa leve, habrá imputación¹⁸⁷.

Juzgamiento 2: *Caso de la víctima cardiópata*¹⁸⁸: el autor había disparado, con dolo de homicidio, contra la víctima. Esta, de co-

¹⁸⁷ De manera pionera, según parece, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt...*, p. 119 y ss.; OTTO, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, en: JuS 1974, p. 702 y ss., (p. 709); diferenciando más detalladamente, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/115 y ss..

¹⁸⁸ Juzgado por el Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 405 (1969), p. 128 y ss..

razón débil, aún no siendo alcanzada por alguno de los proyectiles, sufrió un paro cardíaco, falleciendo a causa de ello. Se condenó al denunciado por tentativa de homicidio, pues “para que pudiese el acusado responder por un delito de homicidio contra la víctima, sería necesario la existencia de un nexo causal entre su conducta (tentativa “decisión”) y el fallecido. Ahora, como el acusado ciertamente ignoraba el estado cardíaco de la víctima, es obligatorio concluirse que, aun ideológicamente, no se puede conectar el evento muerte con el acto practicado por el denunciado”.

A pesar de la formulación ambigua de la decisión (¿qué significa el “ideológicamente”?), parece que se quiso negar el nexo causal que, sin embargo, estaba indudablemente presente. Además, el corazón débil sería un ejemplo claro de causa pre-existente relativamente independiente, que, según la doctrina nacional entre nosotros, no excluye la imputación. La adopción de la imputación objetiva proporcionaría los fundamentos correctos para la decisión: el riesgo creado por el autor al disparar es el riesgo de fallecer a causa de tiros. Si la víctima muere debido a una cardiopatía desconocida por el autor, el riesgo que se realizó en el resultado no fue un riesgo que haya creado. Si el autor conociese el estado de la víctima, la solución sería otra, ya que los conocimientos especiales del autor deben ser considerados en el momento de formular el juicio del riesgo jurídicamente desaprobado.

Juzgamiento 3: *Caso de la bronconeumonía*¹⁸⁹: aquí, el denunciado había lesionado a la víctima culposamente en un accidente de tránsito. Esta había sido llevada a un hospital, falleciendo “dos días después, en razón de una bronconeumonía surgida en el curso del tratamiento de traumatismo craneoencefálico”. El juez de primer grado, cuya sentencia apeló la parte acusadora, había entendido que “el resultado muerte no podía ser imputado al denunciado, debido a que el fallecimiento había resultado de una relación causal sobreviniente relativamente autónoma (bronconeumonía), con letalidad independiente”, con lo cual se condenó al acusado por lesiones corporales.

¹⁸⁹ Juzgado por el Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 455, (1973), p. 376 y ss..

El Ministerio Público alegó, en contrapartida, que “los enfermos y convalecientes tienen propensión a las infecciones de los bronquios. Constantemente personas se someten a tratamientos en hospitales, y cuando pasan a recuperarse, son afectadas por esos males y fallecen”, lo que significa que no existe motivo para negar la causalidad. El desdoblamiento causal no había sido inadecuado, no siendo de aplicación, el art. 11, párrafo único, (actual art. 13, § 1º). En este sentido, fue también la decisión del tribunal, condenado al acusado por homicidio culposo.

Aquí bien se aprecian las semejanzas entre la imputación objetiva y la teoría del delito culposo. Lo que me parece dudoso, sin embargo, es el juicio de previsibilidad formulado con tamaña seguridad por el Ministerio Público y acogido por el tribunal, para los cuales sería común que alguien adquiriese bronconeumonía al ser internado en un hospital. Se debería recurrir a un perito —lo que, si fue hecho, no es mencionado— ya que el juicio de previsibilidad debe tomar en cuenta datos empíricos, no pudiendo agotarse en la intuición del juzgador. También es cuestionable en qué medida el hospital no es responsable por el contagio de ciertas enfermedades en sus dependencias, especialmente cuando estas enfermedades puedan ser fácilmente evitadas. Al menos en la hipótesis de culpa grave del hospital —para cuya admisión, igualmente, serían necesarios más datos fácticos, inclusive prueba pericial— no se podría imputar la muerte al primer causador¹⁹⁰. Sin embargo, esta posibilidad de la culpa de un tercero que interrumpe la imputación del resultado solo podrá ser vista en la medida en que se disponga de una teoría como la moderna imputación objetiva.

Juzgamiento 4: *Caso del camión de volteo*¹⁹¹: el denunciado había transportado algunas personas en la carrocería de su camión, “absolutamente inadecuada para tal tipo de transporte”, hiriendo a

¹⁹⁰ Cf. la nota al pie de página 187.

¹⁹¹ Juzgado por el Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado en RT 469, (1974), p. 406 y ss.,

uno de los pasajeros. En su defensa, alegó la culpa de la víctima, lo que fue de plano descartado por el Tribunal: “aun cuando la actitud negligente o imprudente de la víctima haya contribuido para el desastre, tal error no elimina la culpa del conductor”, que, finalmente, fue condenado por lesiones corporales culposas.

La cuestión de la autorresponsabilidad de la víctima que se expone, de modo enteramente libre y consciente a ciertos peligros, ni siquiera es tematizada por el tribunal. Aquí, todo indica, que la solución correcta sería absolver al autor, ante la llamada autopuesta en peligro de las víctimas, o al menos de la heteropuesta en peligro consentida¹⁹².

Juzgamiento 5: *Caso de la bronconeumonía II*¹⁹³: juzgado en sentido idéntico al anterior (juzgamiento 3), condenándose al denunciado por homicidio culposo. Caben las mismas reservas anteriormente formuladas, pero la solución parece tendencialmente correcta.

Juzgamiento 6: *Caso de la esposa difamada y del marido suicida*¹⁹⁴: El denunciado, que había tenido una relación en secreto con la esposa de la víctima antes de su casamiento, divulgó tal hecho en el círculo de relaciones de la pareja. El marido se hundió en la depresión lo que lo llevó a suicidarse. El tribunal rechazó la acusación, alegando: “el Código adoptó ‘la teoría de la equivalencia’ (...). En esa estructura, se vuelve muy difícil admitir que el hecho de que el recurrido haya difamado a la esposa de D lo haya llevado a la muerte.

En este caso, una vez más, la intuición habló más alto que la teoría. Es claro que, según la formula de la *conditio sine qua non*, el autor causó el resultado: si él no hubiese difamado a la ex amante, el marido no habría caído en depresión y no se habría suicidado. El

¹⁹² Al respecto de estas categorías, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/91 y ss..

¹⁹³ Juzgado por el Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 504, (1977), pp. 381 y ss..

¹⁹⁴ Juzgado por el Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 497 (1977), p. 321 y ss..

problema está, mucho más, en la imputación objetiva. Difamar a una persona no crea riesgos jurídicamente relevantes de que terceros ligados a este suceso terminen suicidándose. El riesgo creado por el autor con su actuación de difamar se dirige, exclusivamente, al honor de la víctima.

Juzgamiento 7: *Caso de la diabetes*¹⁹⁵: la víctima, herida culposamente por el denunciado, padecía de diabetes, falleciendo luego. El acusado negó el nexo de causalidad, alegando que la causa exclusiva de la muerte había sido la enfermedad de la víctima, y no las fracturas y luxaciones generadas en el accidente de tránsito. El juzgado, basándose en la pericia, para la cual “la fractura-luxación podría haber actuado como concausa” del resultado muerte, declaró: “poco importa que la condición de diabético del agraviado haya concurrido para la producción del resultado con preponderancia para la conducta de los apelantes”. Posteriormente, se alejó de la aplicación del párrafo único del antiguo art.11 (hoy art. 13), con apoyo en la lección de Damásio de JESUS, para quien “las causas preexistentes y concomitantes, cuando son relativamente independientes, no excluyen el resultado”, de manera que, se condenó al denunciado por homicidio culposo.

Aquí, nuevamente, queda claro de qué manera la teoría de las causas concomitantes, antecedentes, posteriores, etc. sirve de vía de acceso del *versari in re illicita*, de la responsabilidad objetiva, sin culpa, en el Derecho Penal. Más adelante, tratare sobre ella, criticándola (ítem VI, 2, b). El caso es muy simple: “la diabetes es algo completamente imprevisible, ya que nadie tiene en la cabeza un cartel que diga “cuidado, soy diabético”. El autor podrá, a lo mucho, responder por las lesiones culposas, que son la materialización del riesgo que ha creado; sin embargo, jamás por el riesgo de muerte, generado por la enfermedad de la cual no tenía ni podía tener algún conocimiento.

¹⁹⁵ Juzgado por el Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 527 (1979), p. 361 y ss..

Juzgamiento 8: *Caso de la cirugía facial*¹⁹⁶: durante un juego de fútbol, la víctima y el autor se pelearon. El autor consiguió derribarlo y, aprovechándose de que se encontraba caído, le propinó una violenta patada que le fracturó el maxilar y le arrancó varios dientes. Para eliminar la deformidad, la víctima se sometió a operaciones faciales, falleciendo a causa de una de estas. El tribunal aplicó el art. 11, párrafo único, del CP/40, declarando interrumpido el nexo causal, porque “la causa sobreviniente, por sí sola, produjo el resultado”. Se trajeron a colación las enseñanzas de HUNGRIA en este sentido y de Paulo José da COSTA JR., que pugna por la teoría de la adecuación, sin que, sin embargo, este claro si esta doctrina fue efectivamente aplicada, o se trató únicamente de un *obter dictum*.

El juzgado, infelizmente, aplicó la teoría de la causa sobreviniente relativamente independiente sin percibir el interesante caso que tenía delante de sí. El caso es tan interesante que inclusive la construcción moderna tendría serias dificultades en resolverlo. El problema es el siguiente: ¿en qué medida resultados originados por cirugías estéticas, a las cuales se sometió la víctima en el intento de reparar el daño causado por el autor, pueden serle imputados? ¿Tales resultados estarán o no comprendidos en el fin de protección de la norma? ¿Serán previsibles? Por ahora, no me arriesgo a dar una respuesta. El caso sirve, sin embargo, para ilustrar cuan peligrosa es la utilización inmediata y no fundamentada de tópicos de la teoría de la imputación objetiva. No basta decir que determinado resultado está fuera del fin de protección de la norma; es necesario, anteriormente, determinar cuál es el fin de protección de la norma violada por el autor en el caso en concreto¹⁹⁷.

Juzgamiento 9: *Caso de la mujer hipertensa y cardiópata*¹⁹⁸: el marido, conocedor de los males que su esposa padecía, quien ade-

¹⁹⁶ Juzgado por el Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 530 (1979), p. 329 y ss..

¹⁹⁷ Sobre este peligro, cf. más adelante, ítem VI, 1, b.

¹⁹⁸ Juzgado por el Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 536 (1980), p. 341.

más estaba embarazada con varios meses, la agredió y ella murió. La publicación, bastante sucinta, no esclarece si la agresión fue dolosa o culposa, pero el marido, finalmente, fue condenado por homicidio culposo, después de la afirmación del nexo de causalidad, en razón de los conocimientos del autor.

Aquí, se tiene un caso en el que la jurisprudencia llegó a resultados correctos a pesar de que no disponía de los instrumentos teóricos adecuados para fundamentarlos. En otras palabras: aquí, por suerte el caso cayó en las manos de un juez de buena intuición. A pesar de que nuestra teoría del delito culposo hable únicamente de previsibilidad objetiva en el plano del tipo, el juez entendió la necesidad de complementar esta previsibilidad objetiva con los conocimientos que el autor, individualmente, disponía. Para ello es que sirve una buena teoría: para evitar que el juzgamiento acertado del caso dependa de la suerte o de la intuición del juez. La teoría de la imputación busca proporcionar los fundamentos correctos fácilmente: como se sabe, solo serán objetivamente imputables resultados originados por riesgos jurídicamente relevantes y prohibidos. La creación de estos riesgos se analiza de una perspectiva *ex ante*, tomándose en cuenta los conocimientos del observador objetivo, bien como los conocimientos especiales que el autor eventualmente disponga. En consecuencia, como el autor conocía el estado de salud de la mujer, no hay duda de que él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que, de acuerdo con las parcas informaciones que el juzgado ofrece, parece haberse realizado en el resultado.

Juzgamiento 10: *Caso de la conducción en reversa*¹⁹⁹: El denunciado, después de mirar hacia atrás, verificando que no había nadie, condujo su camión en reversa, atropellando a la víctima, que allí se había recostado. La maniobra tenía el fin de estacionar el vehículo en un lugar prohibido, infringiendo una norma administrativa. El tribunal declaró: “el hecho de que el conductor este maniobrando el

¹⁹⁹ Juzgado por el Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, RT 596, (1985), p. 410.

vehículo para estacionarse en un lugar prohibido constituye infracción de naturaleza administrativa que, por sí sola, no es indicativa de imprudencia, negligencia o impericia, especialmente si no se probó la relación de causalidad entre la infracción y el atropello". El denunciado fue absuelto por la inexistencia del nexo de causalidad entre la violación del cuidado y el resultado.

La decisión, salvo un pequeño desliz (hablar de relación de causalidad entre infracción y atropello) aplicó correctamente la dogmática del delito culposo. Aquí, no hubo violación del cuidado objetivo por el autor: él inclusive miro hacia atrás y solo condujo en reversa después de tomar las debidas precauciones. Sin embargo, es claro que la teoría de la imputación objetiva habría proporcionado buenos argumentos capaces de explicar el porqué de la atipicidad de la conducta: para comenzar, la acción del autor no parecía ni siquiera objetivamente peligrosa, no pudiéndose decir que creó un riesgo jurídicamente relevante para la vida de la víctima. Asimismo, la norma que transgredió, de estacionarse en un lugar prohibido, no tiene por fin impedir muertes de personas que duerman atrás de carros, sino la mejoría del flujo del tránsito. Y, finalmente, se podría abordar el problema de la autopuesta en peligro de parte de la víctima, teniendo en vista que recostarse atrás de un camión es todo menos un comportamiento racional, sin que me parezca que el caso pudiese ser solucionado bajo esta perspectiva.

Juzgamiento 11: *Caso de la bronconeumonía III*²⁰⁰: nuevamente, se trata de un accidente de tránsito; nuevamente, con un contagio de bronconeumonía en hospital con un homicidio culposo. Nuevamente, tenemos las mismas reservas.

Juzgamiento 12: *Caso del bebe llorón*²⁰¹: el papá, enfurecido a causa del llanto de su hija, que ni si quiera había cumplido seis meses

²⁰⁰ Juzgado por el Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, RT 596, (1985), pp. 410-411.

²⁰¹ Juzgado por el Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 697, (1993), p. 280 y ss..

de edad, la golpeó violentamente. La bebé falleció luego de seis meses de internamiento y tratamiento, “de septicemia como consecuencia de las lesiones corporales sufridas” El tribunal declaró que “el nexo causal era, por tanto, innegable”, condenando al autor por lesiones corporales seguidas de muerte.

Nuevamente, tuvo lugar una fundamentación errónea para un resultado correcto. Sin adentrarnos en la problemática de los delitos cualificados por el resultado, para los cuales la teoría de la imputación objetiva sufre algunas modificaciones, puede decirse que el problema, aquí, no es meramente de causalidad. Debido a que esta última estaría presente, aunque la niña hubiese muerto por un craso error del médico. Sería necesario explicar por qué la muerte ocurrida después de seis meses de internado, como consecuencia del agravamiento del cuadro clínico provocado por el autor, representa una realización del riesgo que creó²⁰².

Juzgamiento 13: *Caso de la víctima afectada de tétano*²⁰³: el autor disparó contra la víctima a corta distancia con una escopeta sucia y de fabricación casera. La víctima fue alcanzada por la bala, falleciendo doce días después debido al tétano. El denunciado fue condenado por el homicidio consumado, pues la enfermedad, a pesar de ser una causa sobreviniente relativamente independiente, no produjo, por sí sola, el resultado: “es necesario observar que tal dolencia se originó por las sustancias impuras que el cuerpo de la víctima recibió en el momento de los disparos”.

La teoría de la imputación objetiva sería capaz, únicamente, de proporcionar otra terminología: el riesgo creado por el autor al disparar con tal arma se habría realizado en el resultado. Se trata de

²⁰² Omitiendo, por ahora, la problemática específica de la imputación objetiva en los delitos cualificados por el resultado, los cuales deben trabajar con otros criterios, más restringidos, de imputación; así, p. ej., WOLTER, *Der 'unmittelbare' Zusammenhang...*, p. 443.

²⁰³ Juzgado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, RT 722 (1995), p. 521 y ss..

uno de los (no muchos) casos en el que la teoría de las concusas no llega a conclusiones erradas.

Juzgamiento 14: *Caso de la neumonía sumada al VIH*²⁰⁴: otra vez, caso de lesiones culposas, en el que la víctima fallece en el hospital. Si bien no se trata, ahora, de bronconeumonía, esta vez se trató de una neumonía, “con evolución hacia una meningitis, septicemia y muerte”, concurriendo, además de ello, que la víctima era portadora de VIH, lo que habría generado, posiblemente, que el antibiótico sea ineficaz. En los casos anteriores, el tribunal condenó al denunciado por homicidio haciendo referencia a los casos de bronconeumonía.

Las reservas ya anteriormente señaladas en los casos de la bronconeumonía ahora se convierten en verdaderas objeciones: si la condición física de la víctima, imprevisible para el autor, generó la ineficacia del antibiótico, no hay como decir que el resultado muerte sería previsible. Por tanto, el riesgo que se realizó no fue lo creado por el autor.

A modo de *conclusión*, podemos decir lo siguiente: los casos examinados pueden dividirse en *cuatro grupos*. En primer lugar, aquellos en los cuales la imputación objetiva *más allá de la terminología añade poco*. A este grupo pertenecen los juzgamientos 10 y 13, que trabajan o con la teoría del delito culposo, o con la aplicación de la teoría de la causa sobreviniente relativamente independiente. De hecho, si la teoría se limitase a modificar nombres de conceptos ya anteriormente conocidos, no habría razón para acogerla. Sin embargo, hay otros tres grupos de casos en que va más allá.

En un *segundo grupo*, se encuentran aquellos en los que la teoría de la imputación proporciona la *fundamentación correcta para una decisión que el tribunal intuitivamente entendió acertada*. Aquí se encuadran los juzgamientos 2, 6, 9 y 12. La importancia fundamental de este grupo de juzgamientos está en que, al contrario de lo que a primera vista podría pensarse, prueba no tanto la necesidad de una

²⁰⁴ Juzgado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 731 (1996), pp. 605 y ss..

teoría de la imputación, y sí de su acierto político-criminal. En la medida en que la teoría de la imputación objetiva consiga proporcionar los fundamentos racionales para aquello que los jueces solo intuitivamente acertaban, dicha teoría se percibe como justificada; además, esta contribuye con la racionalización y uniformización de la aplicación del Derecho, que no dependerá más de la suerte, sino únicamente de que los jueces estén en sintonía con los avances de la ciencia jurídico-penal.

En un *tercer grupo*, se encuentran aquellos casos en los que la jurisprudencia, decidió de modo *aparentemente correcto, sin que a pesar de ello formule diversas cuestiones que serían esenciales para que se pudiese imputar el resultado al autor*. Solo se encuentra aquello que se busca; de modo que, p. ej., cuando no se considere el comportamiento culposo de terceros relevante para excluir la imputación al autor, ni si quiera los jueces se preguntaran si ellos cometieron algún error, y este punto no será analizado por el juzgador. Es claro que, si este punto hubiese sido analizado, la decisión podría haber sido diversa. Este grupo, compuesto por los juzgamientos 3, 5, 8 y 11, también da testimonio de la necesidad de una teoría de la imputación ampliamente desarrollada, pues solo está guiará al juez a todos los aspectos jurídico-penalmente relevantes, sin que se olvide de puntos significativos.

Por último, en un *cuarto grupo*, pueden ser colocados aquellos juzgamientos para los cuales la *imputación objetiva* no solo llegaría a fundamentaciones diversas, sino también a *diferentes resultados, en general, más beneficiosos para el denunciado*. Aquí se encuentran, de inicio, los casos en que se aplican los conceptos de causas concomitantes y antecedentes relativamente independientes: muchos de estos sirven para imputar al autor riesgos que no creó (1, 4, 7 y 14). Muchos de los casos que involucran el comportamiento de la víctima (como el juzgamiento 4) reciben una solución equivocada en la doctrina tradicional: se repite, simplemente, el antiguo brocardo de que “no existe compensación de culpas en el Derecho Penal”, olvidándose, con ello, de analizar hasta qué punto la víctima puede ser autoresponsable al ponerse en peligro, y prescindir de la tutela

paternal de un tercero²⁰⁵. Finalmente, algunos casos de resultados inadecuados / exteriores al fin de protección de la norma también se encuadran en este cuarto grupo: toda vez que la conceptuación adoptada por la teoría de la imputación objetiva es más precisa que oscura “relación de homogeneidad” exigida por la doctrina tradicional para que se hable de imputación, esta evita con mayor facilidad varios de los errores comúnmente cometidos (1, 4 y 14). Este grupo de juzgamientos comprueba la manifiesta necesidad de una teoría de la imputación objetiva: a causa de su ausencia, están siendo punidas personas sin que exista alguna necesidad preventiva para tanto. Una punición así se muestra altamente disfuncional y, por tanto, ilegítima.

En una frase: el análisis de las decisiones de nuestra jurisprudencia comprueba que *necesitamos de una teoría de la imputación objetiva*. Si vivimos hasta hace poco sin ella, el precio que pagamos ha sido triple: menor seguridad jurídica, desacuerdo político-crílminal de varias decisiones y ilegitimidad de varias decisiones.

4. Críticas

La moderna teoría de la imputación objetiva se consolidó, extensamente, en la literatura alemana²⁰⁶. Sin embargo, no llegó a nuestra doctrina nacional de un modo sencillo y tranquilo. Tuvo que enfrentar —y superar— fuertes críticas, principalmente las procedentes del reducido círculo finalista, que ahora presentamos. El conocimiento de estas objeciones es fundamental para nosotros, los brasileños, ya que lo contrario implicaría una aceptación acrítica de los postulados de la imputación objetiva.

No nos interesa, aquí, ir a los detalles de los argumentos formulados por los finalistas. Esto haría que la introducción sea aún más extensa de lo que ya es. Nos vamos a limitar a las críticas fun-

²⁰⁵ Al respecto, detalladamente, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/91 y ss..

²⁰⁶ Cf. las referencias en JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 287, nota 39.

damentales: en primer lugar, la que se refiere a que los problemas de la imputación objetiva no pertenecen al tipo objetivo, sino al tipo subjetivo, al dolo, sin que haya en el tipo objetivo algún espacio para tal construcción doctrinaria; en segundo lugar, la que se refiere a que la imputación objetiva sería innecesaria en el delito culposo; y, finalmente, la que se refiere a que es errónea en el delito doloso²⁰⁷.

a) Riesgo y conocimientos especiales del autor: la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo

“(...) los conocimientos del autor son, claramente, indispensables como base de valoración de todos los elementos extraídos de la fórmula de la *imputatio obiectiva*: para saber tanto si hubo ‘creación de un peligro’, como si este es ‘juridicamente desaprobado’ (...).” “A la luz del dolo, toda la compleja problemática se disuelve, como la nieve de abril bajo el calor del sol.”²⁰⁸ “Si analizamos estos casos ... con más exactitud, veremos que no se tratan de problemas del tipo objetivo, sino subjetivo”²⁰⁹.

Los finalistas no dejan de tener razón al señalar que los conocimientos del autor, un dato subjetivo, tienen importancia para el

²⁰⁷ En rigor, la tercera objeción podría ser tratada en conjunto con la primera, pero preferí separarlas por motivos de claridad.

²⁰⁸ Armin KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, en: Vogler / Hermann (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 251 y ss., (p. 260).

²⁰⁹ HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en: *Festschrift für Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, Heymanns, Köln etc., 1988, p. 399 y ss., (p. 404); el mismo autor, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundätzlicher Sicht*, en: Hirsch / Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 65 y ss. (p. 68) (este segundo estudio, por tratarse de una versión reducida del primero, no será más citado en adelante); de acuerdo, con detallado análisis, su discípulo KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 91 y ss., en especial p. 99.

juicio objetivo de la imputación. Si el sobrino —en lugar de mandar al tío para el bosque— desea matarlo convenciendo de tomar un avión para Nueva York, avión que, por pura casualidad, se choca con una de las torres del World Trade Center, no hubo creación de riesgo con alguna relevancia jurídica. Sin embargo, si el sobrino sabía de los planes de realizarse el atentado, no se podrá negar su responsabilidad. ¿Cómo pueden estos factores *subjetivos* —los llamados *conocimientos especiales* del autor— influenciar a una imputación que se dice *objetiva*? ¿No se estará, en realidad, frente a un problema de dolo? ¿La separación entre el tipo objetivo y el subjetivo no estará siendo burlada, lo que prueba que tal primacía de lo objetivo, predicada por la imputación objetiva, sea, en rigor, una mentira? Esto lleva al alumno de Armin Kaufmann, STRUENSEE, a preguntar: “¿qué existe de objetivo en la imputación objetiva?”²¹⁰

Sin embargo, la razón relativa de los finalistas, en cuanto a la necesidad de recurrir a conocimientos, esto es, a factores subjetivos, para determinar la existencia de un riesgo, algo objetivo, en nada afecta a la teoría de la imputación. En primer lugar, porque, al contrario de lo que piensan los finalistas, el sistema no debe ser construido de modo clasificatorio, como si cada elemento tuviese que ser encerrado en determinada cajón del cual no pueda salir. En realidad, un *sistema construido teleológicamente* tiene siempre en frente de sí el hecho delictuoso como un todo; este todo, sin embargo, es analizado, en cada momento, de una perspectiva diversa. Por lo tanto, no existe nada de problemático en que un mismo elemento tenga relevancia para más de una categoría: p. ej., muchos autores defienden una doble función del dolo, en el tipo (la forma más socialmente lesiva de conducta) y en la culpabilidad (la forma más reprobable de la conducta)²¹¹. De la misma forma, nada puede

²¹⁰ STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em: GA 1997, p. 97 y ss., (p. 98).

²¹¹ Así p. ej., ROXIN, *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 266; *Strafrecht...*, § 12/26; FIGUEIREDO DIAS, *Construção dogmática...*, pp. 223-227; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 243. Esta posición parece haber sido inau-

impedir que un elemento subjetivo sea significativo ya en el plano del tipo objetivo: basta que este sea importante bajo el aspecto de la *ratio* del tipo objetivo, que es la fijación de riesgos prohibidos, para determinar la conducta objetivamente típica²¹².

En segundo lugar, un análisis más reflexivo demuestra que la crítica se puede dirigir contra sus propios autores. Al fin y al cabo, en el *delito culposo*, los finalistas son los primeros en trabajar con el criterio de la violación del cuidado *objetivo*²¹³. Surge, rápidamente, una idéntica pregunta: ¿y si el autor dispusiera de conocimientos que van más allá de los del hombre prudente? Si un médico de fina sensibilidad percibe en su paciente una rarísima anomalía que otros médicos no estaban obligados a descubrir, se tendrá que decidir, de la misma manera, si tales datos deben ser tomados en cuenta en el momento de delimitar el cuidado objetivo. Y la mayor parte de los finalistas opta por considerar tales datos subjetivos como relevantes para el tipo objetivo²¹⁴.

gurado por GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en ZStW 67 (1955), p. 1 y ss. (p. 44 y ss.).

²¹² Así la respuesta de ROXIN, *Finalität und objektive Zurechnung*, en: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln usw., 1989, p. 237 y ss., (pp. 250-251); *A teoria da imputação objetiva...*, IV, 4; FRISCH, *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches in der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 213 y ss., (p. 231). Sobre esta concepción del sistema, vide ROXIN, *Funcionalismo...*, § 7/76 y ss..

²¹³ Cf. anteriormente, nota al pie de página 91.

²¹⁴ WELZEL, *Das deutsche...*, p. 132; HIRSCH, *Der Streit...*, p. 266. Una alternativa, es claro, sería abandonar la idea del deber objetivo de cuidado, (con base en el hombre prudente), en favor del cuidado subjetivo (individual, con base en el autor concreto), como hace una corriente minoritaria, que, sin embargo, posee nombres bastantes significativos en sus filas, como, p. ej., STRATENWERTH, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmäßstaben beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en: *Festschrift für Jescheck...*, p. 285 y ss.; CASTALDO, „Non intelligere, quod omnes intelligunt“. *Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, VVF, München,

Además —como tercera contracrítica— es necesario recordarse que el criterio del peligro es definido según la prognosis póstuma objetiva, de la *teoría de la adecuación* (vide anteriormente, III, 3, a), aquella prognosis que tiene por base los conocimientos del hombre prudente adicionados de conocimientos especiales del autor. Por tanto, el acierto sistemático y político-criminal de tomarse en cuenta los conocimientos especiales ya en el plano del tipo objetivo es confirmado por la teoría de la adecuación, que se consolidó formulando idénticas exigencias.

Finalmente —y esta es la contracrítica más relevante— el hecho de que se consideren elementos subjetivos en el plano de la imputación objetiva en nada altera la *preponderancia de lo objetivo sobre lo subjetivo*, propugnada por la teoría de la imputación objetiva²¹⁵. Esta preponderancia es funcional a las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho, que primero pregunta si algo ocurrió en el mundo exterior, para después interesarse por el fuero interno del agente. Este es, además, el segundo punto clave de la falta de armonía entre el finalismo y la imputación objetiva, anteriormente

1992, p. 76 y ss.; FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin etc., 1998, § 5/22 y ss.; SAMSON, en: *Systematischer Kommentar...*, (12^a. Lfrg.), anexo al § 16/13; OTTO, *Grundkurs...*, § 10/14; y, entre nosotros, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, p. 514, n.^o 275. Para una crítica convicente de esta posición, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 512 y ss.; y *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, en: Grünwald etc., *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1975, p. 159 y ss..

²¹⁵ Esto es resaltado expresamente por ROXIN, *A teoria da imputação objetiva...*, IV, 1; y JAKOBS, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, en: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln usw., 1989, p. 271 y ss., (p. 273 y ss.), que exige una cierta “relevancia comunicativa” de la violación de la norma, independientemente de la interpretación que le confiere el autor, para que siquiera se pueda hablar de injusto; todo lo demás sería punición de pensamientos. Vide, además, del mismo autor, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en: ZStW 97 (1985) p. 751 y ss..

apuntado²¹⁶: para los finalistas, lo esencial es lo subjetivo, incluso la tentativa supersticiosa, como pedir plagas para que alguien muera, sería un acto ilícito, una tentativa de homicidio²¹⁷; mientras que para quien siga a la imputación objetiva, lo fundamental del injusto está en lo objetivo, y solo se toman en cuenta datos subjetivos en la medida en que eso se muestre necesario para determinar el carácter objetivo del peligro.

b) Dispensabilidad de una imputación objetiva en los delitos culposos

En el delito culposo “(...) no existe lugar para una teoría general, o categoría sistemática, de la imputación objetiva”²¹⁸. “La teoría de la imputación objetiva no representa algún beneficio para el delito culposo”²¹⁹. La creación del riesgo jurídicamente desaprobado nada añadiría a la violación del deber objetivo de cuidado. La realización del riesgo en el resultado no iría más allá del llamado nexo de determinación²²⁰. De esta forma, la teoría de la imputación objetiva se mostraría completamente innecesaria en los delitos culposos.

Esta crítica es tan procedente como irrelevante, porque, como vimos anteriormente (III, 3, f), no se niegan las relaciones entre la teoría del delito culposo y los conceptos de la imputación objetiva. No obstante, combatir la imputación objetiva a través de estas objeciones es algo tan inútil como dar un tiro en la propia sombra. Al final, estas tienen *carácter meramente terminológico*; sustancialmente, implican una aceptación de la teoría²²¹.

²¹⁶ Item III, 3, e.

²¹⁷ Así, expresamente, Armin KAUFMANN, *Zum Stande...*, p. 403.

²¹⁸ HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, en: Eser etc. (eds.), *Festschrift für Lencker*, Beck, München, 1998, p. 119 y ss., (p. 127).

²¹⁹ HIRSCH, *Zur Lehre...*, p. 140.

²²⁰ HIRSCH, *Die Entwicklung...*, p. 406; KÜPPER, *Grenzen...*, p. 108.

²²¹ El carácter terminológico de estas críticas es también resaltado por JAKOBS, *Bemerkungen...*, p. 54 y FRISCH, *Berechtiges...*, p. 226.

c) Inadecuación de la imputación objetiva en los delitos dolosos

La fórmula de la imputación objetiva “tiene su origen —el delito culposo— escrito en la frente”²²². En el delito doloso, “esta no es solo dispensable, sino también inadecuada”²²³. La teoría del delito doloso no necesita ser complementada por los imprecisos criterios de la imputación objetiva, tales como el “concepto de peligro”, que “representa un peligro para la determinación de los tipos”²²⁴, principalmente porque los problemas que supuestamente resuelve o pertenecen a la parte especial, o son, en realidad, problemas del dolo²²⁵, o problemas que deben ser resueltos con base en otros criterios objetivos, diversos de los propuestos por la teoría de la imputación.

Así, por ejemplo, la llamada disminución del riesgo —el médico, a través de un tratamiento, prolonga la vida del paciente que acaba, al final, muriendo— no se resuelve en una supuesta imputación objetiva, sino en la parte especial: matar es reducir, acortar la vida²²⁶. Y el caso del sobrino que manda al tío al bosque no necesita de la idea del riesgo jurídicamente irrelevante para recibir la solución correcta: en rigor, el sobrino no actuó dolosamente; él podría, a lo mucho, desear el resultado típico, pero no tenía la finalidad de matar, porque esta presupone el control sobre los cursos causales que conducen al resultado (la finalidad como voluntad de realización)²²⁷. Para otros

²²² Armin KAUFMANN, *Objektive Zurechnung...*, p. 258.

²²³ HIRSCH, *Zur Lehre...*, p. 138.

²²⁴ Armin KAUFMANN, *Objektive Zurechnung...*, p. 259; de acuerdo, SCHÖNE, *Fahrlässigkeit...*, p. 666.

²²⁵ Armin KAUFMANN, *Objektive Zurechnung...*, p. 269.

²²⁶ Armin KAUFMANN, *Objektive Zurechnung...*, pp. 254-255; HIRSCH, *Die Entwicklung...*, p. 404 y ss..

²²⁷ Así, la solución de WELZEL, *Das deutsche...*, p. 66: “El dolo, como voluntad de realización, presupone que el autor se atribuya una posibilidad de intervención sobre el curso causal real. Lo que, según su propia visión, está más allá de sus posibilidades de intervención, puede que el autor *tenga esperanza*, o el *deseo* de que ocurra esa situación como resultado casual de su acción, no obstante, no puede tener la *voluntad de realizar*” (el resaltado es

finalistas, lo que está ausente en el caso del sobrino es, en rigor, otro dato objetivo, que nada tiene que ver con los criterios propuestos por la teoría de la imputación: el dominio del hecho, presupuesto para que alguien sea considerado autor²²⁸; o un acto de ejecución, presupuesto para que se diga que alguien cuando menos llegó a la fase de tentativa²²⁹.

La idea de relegar la teoría de la imputación objetiva para la *parte especial* no convence en absoluto. La parte general sintetiza lo que existe de común a la generalidad (no necesariamente a la totalidad) de los tipos específicos²³⁰. Si, a pesar de todo, la fundamentación antes desarrollada es válida —teniendo en vista su función preventiva, el Derecho Penal solo prohíbe acciones superadoras del riesgo permitido— no habrá como evitar la expansión de la idea del riesgo sobre la generalidad de los delitos de la parte especial. Esto justifica el posicionamiento de la teoría de la imputación objetiva en la parte general. Asimismo, problemas como el de la disminución del riesgo no solo surgen en el delito de homicidio, sino también en el de lesiones corporales, en el de daño, en el de la instigación, en la complicidad... Si, con una única teoría genérica, podemos resolver todos estos problemas, habremos alcanzado una considerable re-

del autor); posteriormente, él cita el caso del sobrino; y el primer intento de HIRSCH, *Die Entwicklung...*, p. 405 (que, con el pasar del tiempo, formulará dos otras; cf. las dos notas al pie de página siguientes). Exponiendo y criticando todas las posiciones de HIRSCH, JAKOBS, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, en: Weigend / Küper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 45 y ss. (p. 46 y ss.).

²²⁸ KÜPPER, *Grenzen...*, p. 92; HIRSCH, *25 Jahre Entwicklung des Strafrechts*, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland – 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, Beck, München, 1993, p. 35 y ss., (p. 49), habla de “dominabilidad”, lo que haría de los casos de imputación objetiva problemas a ser resueltos en el ámbito del concepto de acción

²²⁹ Así, la más reciente manifestación de HIRSCH, *Zur Lehre...*, p. 134.

²³⁰ Sobre la distinción entre la parte general y la especial, TIEDEMANN, *Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, en: Arzt etc. (eds.), *Festschrift für Baumann*, Giesecking, Bielefeld, 1992, p. 12 y ss..

ducción de la complejidad del sistema dogmático²³¹, lo que no solo implica facilitar el trabajo de todos los que tengan que aprenderlo y aplicarlo (beneficio en términos didáctico-prácticos), sino también la garantía de que se prevengan contradicciones valorativas (beneficio en términos de justicia y política criminal).

La *indeterminación del concepto de peligro*, en rigor, no existe, o no va más allá de los límites de lo tolerable²³², máxime si lo comparamos a otros términos, como la evitabilidad del error de prohibición, el dominio del hecho, el inicio de la ejecución en la tentativa, o el deber objetivo de cuidado – todos propuestos o defendidos por los finalistas. Al contrario de lo que dice ZAFFARONI, que piensa que “no existe una explicación del concepto de riesgo dentro de esta teoría”²³³, la teoría de la adecuación y su prognosis póstuma objetiva proporcionan una definición relativamente precisa de lo que se entiende por riesgo²³⁴. Y la cualidad de este riesgo, su carácter jurídicamente desaprobado, no se concretiza de otra manera que no sea mediante la aplicación de los criterios del delito culposo. Finalmente, el método de construcción de grupos de casos (anteriormente, IV, 2, b) incrementa considerablemente la precisión de los conceptos. La inseguridad restante puede ser fácilmente superada, desde que se atiendan las exigencias genéricas de una fundamentación suficiente y racional de todas las decisiones que se vengan a tomar (más adelante, VI, 2, b).

²³¹ Principio de la economía de los conceptos, cf. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 440.

²³² Así también la respuesta de FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, p. 74 (trad. Cancio Meliá / Reyes Alvarado); y JAKOBS, *Bemerkungen...*, p. 52, nota al pie de página 25.

²³³ ZAFFARONI, *Panorama...*, p. 202. El autor sigue consideraciones sociológicas sobre el concepto de riesgo, con lo que parece recaer en la misma confusión entre derecho y sociología que reprocha páginas más adelante a JAKOBS (pp. 207-208).

²³⁴ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/50.

La primera salida de los finalistas, que era considerar a los problemas de la imputación, en realidad, como *problemas del dolo*, no convence, porque como se puede extraer de la argumentación de los finalistas, la ausencia de dolo, aquí, no es inmediata, sino un mero efecto colateral de la ausencia del tipo objetivo²³⁵. Dolo es la conciencia y la voluntad de realización del tipo objetivo; por lo que, si la conciencia y la voluntad se dirigen a algo no objetivamente típico, a un riesgo que el orden jurídico considera irrelevante, no tendremos dolo. La procedencia de esta respuesta es admitida inclusive por aquellos contra los cuales esta se dirigía: el propio HIRSCH acabó por admitir que, en los casos en que el riesgo creado es jurídicamente irrelevante (caso del sobrino), “ya existen déficits en el plano objetivo; de modo que, el plano subjetivo no hace nada más que reflejarlos, de manera que aquí solo se vuelve posible un deseo”²³⁶.

La segunda salida de los finalistas, por tanto, fue buscar en el *tipo objetivo* un criterio con base en el cual pudiesen resolver casos como el del sobrino. No se puede decir que el sobrino tuviese el *dominio del hecho*, siendo imposible, en consecuencia, considerarlo autor de algún delito²³⁷. De la misma forma, se podría negar que el sobrino hubiese practicado un acto de ejecución del delito de homicidio; la aplicación de los criterios de la tentativa llega fácilmente a esta respuesta²³⁸. Aquí, los finalistas parecen²³⁹ llegar a un punto de vista fundado y aceptable. Pero eso se debe al hecho de que, consciente-

²³⁵ Así, también, ROXIN, *A teoria...*, V 3 a; JAKOBS, *Bemerkungen...*, p. 49; FRISCH, *Berechtigtes...*, p. 228.

²³⁶ HIRSCH, *Zur Lehre...*, p. 123.

²³⁷ KÜPPER, *Grenzen...*, p. 92.

²³⁸ HIRSCH, *Zur Lehre...*, p. 135.

²³⁹ Lo que solo es verdad si apartamos los casos del riesgo permitido en los que el autor tenga conciencia del peligro que crea, como p. ej., manejar dentro de los límites de velocidad con el deseo de matar a alguien, o vender un juguete a un niño animándolo para que se lastime al manipularlo. Aquí, solamente una solución en el plano objetivo será capaz de eximir al autor de responsabilidad. Cf. FRISCH, *Tipo penal...*, p. 73.

mente o no, hayan abandonado el punto de vista original, y acogido la teoría de la imputación objetiva – solo que con otro nombre. Al exigir la presencia de otros criterios objetivos, y no solo el de la finalidad, para que se tenga un injusto, los finalistas abandonaron la idea original, de que la acción final constituye la materia de prohibición, coincidiendo con la imputación objetiva en la supremacía de los datos objetivos. Sin embargo, al insistir en negar la teoría de la imputación, muestran que toda su polémica es, en estricto, meramente terminológica: los finalistas, para no abandonar su punto de partida, las estructuras lógico-reales, admitieron a la imputación objetiva, dándole un manto ontológico (hablando de dominio del hecho, acto de ejecución, dominabilidad, etc.) que, en realidad, es meramente secundario, consecuencia del abordaje normativo²⁴⁰.

d) Conclusión

La conclusión es obvia: *las críticas formuladas por el finalismo o son injustificadas, o son meramente terminológicas. En rigor, los finalistas ya aceptaron la teoría de la imputación objetiva.* El problema es que admitir este cambio de postura significa abandonar las premisas metodológicas básicas del finalismo. La primera de estas manifestaciones, sin embargo, es el reciente estudio del finalista HIRSCH²⁴¹, en el cual critica la idea de reducir el desvalor de la acción a un desvalor de intención (p. 725), exigiendo, para la punición de cualquier tentativa, que se muestre, *ex ante*, peligrosa (p. 718). El autor llega, inclusive, a señalar las semejanzas entre su concepción y la teoría de la imputación objetiva, si bien lo realizó en una tímida nota al pie de página (p. 719, nota 38).

²⁴⁰ FRISCH, *Berechtiges...*, p. 229; *Tipo penal...*, p. 73.

²⁴¹ HIRSCH, *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 711 y ss.; las páginas entre paréntesisss, en este breve apartado, pertenecen a este estudio.

V

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
EN LA ACTUALIDAD

MODELOS ALTERNATIVOS DE IMPUTACIÓN

Como ya fue mencionado, este trabajo pretende introducir al lector brasileño en la moderna teoría de la imputación objetiva. Hasta ahora, vimos su pasado (las teorías precursoras), su nacimiento y la fundamentación de un modelo – el de la escuela funcionalista de ROXIN. Sin embargo, existen otros varios modelos en la actual discusión alemana, que no podemos ignorar, bajo el riesgo de una aceptación acrítica de determinado sistema. Seleccioné aquellas construcciones que parecen desempeñar un papel más destacado en el escenario de la ciencia: las de JAKOBS, FRISCH y PUPPE. Reservé algunas palabras también a una peculiaridad del sistema de ROXIN. Intentaré limitarme a lo esencial sin profundizar en los detalles de grupos de casos específicos.

1. ROXIN

Sería inconcebible ocupar al lector, que tiene en manos el más reciente escrito general de ROXIN sobre la teoría de la imputación objetiva,

con mis consideraciones. Quien puede ir directamente al maestro, no necesita de la intermediación del alumno. Creo justificable, sin embargo, una única observación sobre la principal peculiaridad del sistema de ROXIN frente de la doctrina dominante: la existencia de un tercer nivel de imputación, a saber, el *alcance del tipo*²⁴².

En los manuales, en general, tanto en Alemania como entre nosotros, se acostumbra a definir la imputación objetiva con base en dos conceptos: creación de un riesgo y su subsecuente realización²⁴³. ROXIN discrepa de esta construcción “en dos planos”, añadiendo un tercer plano: el del llamado “alcance del tipo”²⁴⁴. El autor con este concepto trata todos los casos en que otras personas, además del propio autor, contribuyen de modo relevante para el resultado típico. Esta contribución puede ser dada por la propia víctima o por terceros. Un ejemplo sería el del traficante que vende heroína a una víctima plenamente consciente y responsable, la cual muere de una sobredosis²⁴⁵. Para ROXIN, en estos casos, el riesgo creado sería jurídicamente desaprobado (no se puede decir que la venta de una sustancia tóxica está cubierta por un riesgo permitido, toda vez que el ordenamiento expresamente la prohíbe), y este riesgo se habría realizado en el resultado (la víctima murió a causa del uso de la sustancia tóxica). Sin embargo, el resultado no estaría comprendido por el alcance del tipo: el autor se limitó a participar en una acción en la que la propia víctima se expuso a un peligro, en una llamada autopuesta en peligro. Y como tales acciones, de autopuesta en peligro, son atípicas, participar en estas no puede estar comprendido por el alcance del tipo de homicidio²⁴⁶.

²⁴² Una buena síntesis del sistema de ROXIN se encuentra en WOLTER, *Internationale Dogmatik...*, p. 5 y ss..

²⁴³ Vide anteriormente, ítems I y II.

²⁴⁴ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/90 y ss..

²⁴⁵ Ejemplo en ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/94.

²⁴⁶ ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/91.

Como se verá luego, los demás autores, cuyas teorías son expuestas en esta introducción, optan por tratar esa gama de casos, en los que terceros o la propia víctima contribuyen al resultado típico, en el plano de la creación de riesgos. Ha sido con el objetivo de no tomar partido en esta controversia que evité hablar de alcance del tipo al exponer la fundamentación teórico-constitucional de la teoría de la imputación objetiva (anteriormente, IV, 3, a). Creo, sin embargo, que cabe exponer mi actual *apreciación* de esta categoría, que es negativa. Me parece que los problemas tratados por ROXIN en este ámbito en nada difieren de los demás, de manera que se justifique su segregación en una categoría autónoma. Prueba de eso es que el propio ROXIN, al exponer el delito culposo, posiciona el principio de la confianza y la prohibición de regreso —ambos institutos que se ocupan de la influencia de comportamientos de terceros para la imputación— en el campo de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado²⁴⁷. Las consecuencias jurídicas de la ausencia de imputación en los casos de acciones exteriores al “alcance del tipo” también son indicios de que no se trata de cuestión diversa a la creación del riesgo jurídicamente desaprobado: en ninguno de los dos ámbitos se propondrá punir por la tentativa a aquel que deseó causar un resultado de esta forma (entregando sustancias tóxicas a la víctima con el objetivo que muera, o mandando a un niño al bosque con el deseo de que sea alcanzado por un rayo).

Finalmente, un *esclarecimiento terminológico*: ROXIN trataba, inicialmente, tales casos bajo la denominación de fin de protección de la norma²⁴⁸. Esta expresión fue abandonada para evitar confusiones, ya que la norma, en los problemas tratados en esta sede, no era la norma de cuidado (la prohibición de exceso de velocidad, del rebase o adelantamiento a una distancia reducida, etc.), sino el tipo penal. Como ni todos siguieron a ROXIN en esta alteración terminológica, que no le parezca extraño al lector encontrarse con quien

²⁴⁷ ROXIN, *Strafrecht...*, § 24/21 e ss..

²⁴⁸ ROXIN, *Zum Schutzzweck...*.

use la palabra fin de protección de la norma para designar casos de alcance del tipo²⁴⁹. Lo esencial es que mantenga en mente el diverso sentido de la expresión “norma” —en un caso, norma de cuidado, y en el otro, tipo penal— en las dos estructuras.

2. JAKOBS

Otro de los sistemas de imputación muy bien construidos que la doctrina moderna tiene para ofrecer es el de Günther JAKOBS²⁵⁰.

²⁴⁹ P. ej., LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 24^a edición, Beck, München, 2001, § 15/43; contrariamente, entre nosotros, TAVARES, *Teoria do injusto...*, p. 230, que utiliza la expresión “alcance del tipo” para designar ambos grupos de casos.

²⁵⁰ JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, DeGruyter, Berlin, 1972; el mismo autor, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, en: Stratenwerth etc. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 307 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 147 y ss.); el mismo autor, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, en: Jescheck (ed.), *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum XI. Internationalen Kongreb für Rechtsvergleichung* Teheran 1974, Beiheft zur ZStW 86 (1974), p. 6 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, año III, ns. 4-5, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 19 y ss., y en: *Estudios...*, p. 167 y ss.); el mismo autor, *Regelverbot beim Erfolgsdelikt*, en: ZStW 89 (1977), p. 1 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: *Estudios...*, p. 241 y ss.); el mismo autor, *Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, en: Küper (ed.), *Festschrift für Lackner*, DeGruyter, Berlin-New York, 1987, p. 53 y ss. (hay traducción española, de Suárez González y Cancio Meliá, en: ADPCP, 1989, p. 1051 y ss., y en: *Estudios...*, p. 271 y ss.); el mismo autor, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, en: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln, 1989, p. 271 y ss. (hay traducción española, de Suárez González, en: *Estudios...*, p. 223 y ss.); el mismo autor, *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin/New York, 1991, § 7/1 y ss.; el mismo autor, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck, München, 1992 (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, n.^o 1-2, (1996), p. 73 y

El autor formula su teoría de la imputación objetiva dando continui-

ss., y en: *Estudios...*, p. 101 y ss.); el mismo autor, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, en: Kühne (ed.), *Festschrift für Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 419 y ss. (hay trad. española, de Diaz y García Conledo, en: MIR / LUZÓN, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 75 y ss.); el mismo autor, *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, (originalmente publicado en español, trad. Cancio Meliá / Suárez González, más adelante citado como “*La imputación...*”). Hay traducción brasileña de la traducción española, por Callegari, RT, São Paulo, 2000); el mismo autor, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996; el mismo autor, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en: GA 1996, p. 253 y ss.; el mismo autor, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, en: *Estudios...*, p. 209 y ss. (estudio originalmente publicado en español, trad. Peñaranda Ramos – más adelante citado como “*Instituciones...*”); el mismo autor, *La competencia por organización en el delito omisivo*, en: *Estudios...*, p. 347 y ss. (estudio originalmente publicado en español, trad. Peñaranda Ramos); el mismo autor, *Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, en: GA 1997, 553 y ss. (citado como *Mittelbare Täterschaft...*); el mismo autor, *Bermerkungen zur objektiven Zurechnung*, en: Weigend / Küpper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 45 y ss..

Por ocupar un lugar central en el sistema de JAKOBS, la teoría de la imputación objetiva acaba siendo tratada también en estudios más genéricos que abordan otros temas dogmáticos, o problemas político-criminales e iusfilosóficos: *Schuld und Prävention*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1976 (hay traducción española, de Suárez González, en: *Estudios...*, p. 73 y ss.); *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en: ZStW 97 (1985) p. 751 y ss. (hay traducción española, de Peñaranda Ramos, en: *Estudios...*, p. 293 y ss.); el mismo autor, *Das Schuldprinzip*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993 (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: ADPCP 1992, p. 1051 y ss.); el mismo autor, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken*, en: ZStW 107 (1995), p. 843 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, n.º 9 (1999), p. 19 y ss.); el mismo autor, *Norm,*

dad a sus esfuerzos en el sentido de desarrollar una teoría del delito completamente orientada hacia los fines del Derecho Penal²⁵¹. Para el autor, la función del Derecho Penal está en la reafirmación de la vigencia de la norma que el comportamiento delictivo violó²⁵². Quien viola la norma, antes de destruir un bien jurídico, antes de eliminar una

Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 2ª edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 80 y ss..

Siguiendo a JAKOBS con bastante proximidad, aunque yendo todavía más allá (al negar, p. ej., alguna distinción entre delito comisivo y omisivo), su alumno colombiano, REYES ALVARADO, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, en: ZStW 105 (1993), p. 108 y ss. (el original, en español, fue publicado en ADPCP 1992, p. 933 y ss.); el mismo autor, *Imputación objetiva*, 2ª edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996; y también LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln etc., 1999, que, fundamentándose en Hegel, desea construir un sistema dialéctico, que niega por completo la distinción entre injusto y culpabilidad (p. 175 y ss.).

²⁵¹ Sobre el sistema de JAKOBS en general, cf. GRECO, *Introdução...*, p. 139 y ss. (considerando poco de la evolución más reciente, resaltando la influencia de Luhmann, hoy menos presente); PEÑARANDA RAMOS / SUARÉZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 17 y ss.; KARGL, *Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?*, en: GA 1999, p. 53 y ss.; PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation*, en: Samson etc. (eds.), *Festschrift für Grünwald*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 469 y ss.; y SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, De Gruyter, Berlin-New York, 2001, p. 1 y ss. (p. 13 y ss.). Específicamente sobre la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS, cf. SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *La reformulación...*, p. 69 y ss.; PEÑARANDA RAMOS / SUARÉZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *Consideraciones...*, p. 55 y ss.; ZAFFARONI, *Panorama...*, p. 203 y ss..

²⁵² JAKOBS, *Schuld und Prävention...*, p. 3; *Strafrecht...*, § 1/15. Sobre los fines de la pena y del Derecho Penal, cf. también, el alumno de JAKOBS, Heiko LESCH, *Zur Einführung in das Strafrecht: über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens*, en: JA 1994, p. 510 y ss., p. 590 y ss., (p. 598).

vida²⁵³ o destruir el patrimonio ajeno, exterioriza un “esbozo de un mundo”, de un mundo en el cual la norma no rige²⁵⁴. Esta visión del mundo del delincuente desafía a la visión de los demás miembros de la sociedad, que se sienten inseguros, desorientados en cuanto a cuál de las visiones realmente prevalece. “El comportamiento contrario a la norma perturba la orientación”²⁵⁵. El Derecho Penal, a través de la explicación del comportamiento violador de la norma, a través de la imputación de esta violación a determinado autor y, finalmente, a través de la sanción a este autor, reafirmará la prevalencia del Derecho y de la norma a los ojos de los demás miembros de la sociedad²⁵⁶.

a función de una teoría de la imputación objetiva en tal sistema consiste en determinar los presupuestos que hacen de cualquier causación, de un dato naturalista, un complejo significativo, cuyo sentido comunicativo es el cuestionamiento de la norma, un “esbozo de un mundo” en el cual la norma no rige. Incumbe a la teoría de la imputación objetiva proporcionar el instrumental conceptual con base en el cual la sociedad interpreta el comportamiento de determinada persona y lo entiende como un comportamiento delictivo, cuestionador de la norma²⁵⁷. “La imputación objetiva traza

²⁵³ JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 848, nota al pie de página 11: “la ‘destrucción de una vida humana’, por sí sola, no pasa de un hecho de la naturaleza; solamente una norma —cualquiera que sea su fundamentación— hace del sistema físico-psíquico ‘hombre’ un hombre, al que no se le puede matar sin fundamento”.

²⁵⁴ JAKOBS, *Regrebverbot...*, p. 21; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...*, p. 33; *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 849; *La imputación...*, p. 11; *Mittelbare Täterschaft...*, p. 553; *Norm, Person...*, p. 91, p. 103.

²⁵⁵ JAKOBS, *Norm, Person...*, p. 100.

²⁵⁶ JAKOBS, *Schuld...*, p. 10; *Regrebverbot...*, p. 19; *Schuldprinzip...*, p. 11; *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 844, p. 849; *Mittelbare Täterschaft...*, p. 553; *Norm, Person...*, p. 105.

²⁵⁷ JAKOBS, *Regrebverbot...*, p. 21; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...*, p. 30: la imputación “hace de una acción aquello que tiene que ser, esto es, una postura comunicativamente relevante, una expresión de sentido con relevancia comunicativa”, cuyo sentido es la negación de vigencia de la

los límites entre lo que es socialmente normal y lo que *posiblemente* tiene sentido delictivo”²⁵⁸.

La sociedad, como sistema de comunicación²⁵⁹, funciona a través de nexos de *expectativas*: cada uno espera de los demás que se comporten de determinada manera y orienta su comportamiento según esas expectativas²⁶⁰. Las *normas* no son nada más que “expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente”²⁶¹. Tanto el amigo que espera que el otro amigo llegue al local acordado y a la hora prevista, como el ciudadano que espera poder caminar en una calle concurrida sin ser víctima de hurtos, se comportan de determinada forma, porque esperan de los demás un determinado comportamiento. Solo algunas de estas expectativas —la del ciudadano, mas no la del amigo— están garantizadas por el Derecho Penal. Este solo garantiza aquellas expectativas que configuran la identidad de determinado cuerpo social²⁶².

Un conjunto de expectativas, ligadas a determinada persona, constituye aquello que se llama *rol* – el concepto central para la teo-

norma; *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 860; *La imputación...*, p. 11, pp. 99-100; *Mittelbare Täterschaft...*, p. 553; en *Norm, Person...*, p. 68, JAKOBS resalta la función de la norma de proporcionar “parámetros obligatorios de interpretación”.

²⁵⁸ JAKOBS, *Mittelbare Täterschaft...*, p. 555. Resaltado del autor.

²⁵⁹ JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 848; *Norm, Person...*, p. 53: “Sociedad es comunicación personal”.

²⁶⁰ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3^a edición, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, p. 32. La fundamentación basada en LUHMANN se muestra, sin embargo, cada vez menos presente en los últimos escritos de JAKOBS.

²⁶¹ LUHMANN, *Rechtssoziologie...*, p. 43. “Contrafácticamente” significa contra los hechos: significa que el irrespeto a la norma no la convertirá en errada, sino que subsistirá y definirá el comportamiento contrario como erróneo. Cf., igualmente, JAKOBS, *Schuld...*, p. 10.

²⁶² JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 843: “el Derecho Penal se dirige a la garantía de identidad normativa, de la constitución, de una sociedad”; y p. 844: “el Derecho Penal confirma la identidad social”; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 32.

ría de la imputación de JAKOBS²⁶³. Estos roles, que se refieren a la función que el individuo desempeña en un específico contacto social, al “sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por personas intercambiables”²⁶⁴, son garantizados por el Derecho Penal²⁶⁵. Observemos, p. ej., que A, quien fue ex piloto de la fórmula 1, hoy es padre de familia y funcionario público. Al llevar a su hijo pequeño para la escuela, desempeña el rol de padre. De ese modo, el mal desempeño de este rol, por acción o por omisión, que cause un resultado típico, generará una decepción de la expectativa, y una violación de la norma. Al trabajar en la sede de alguna institución pública, A representa el rol de funcionario público. Nuevamente, un desempeño insuficiente de este rol —sea a través de una acción positiva o a través de una simple omisión— tendrá el sentido social de un cuestionamiento a la norma, lo que configurará una acción penalmente típica. Ya al dirigir su carro, no actúa ni como funcionario público, ni como padre, ni tampoco como ex piloto de la fórmula 1. Las personas con quien mantiene este contacto social, en el tránsito, esperan que se comporte como un conductor. Si A se involucra en un accidente que, como ex piloto de fórmula 1, podría haber evi-

²⁶³ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...*, p. 39; *La imputación...*, p. 97; *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 859: “Ser persona significa tener que representar un rol; *persona* es la máscara, o sea, no se trata de una expresión de la subjetividad de su portador, por el contrario, sí de una competencia dotada de sentido social”; cf., tb., p. 861. Sobre el concepto de persona, poseedor de un rol, cf. JAKOBS, *Norm, Person...*, p. 33.

²⁶⁴ JAKOBS, *La imputación...*, p. 97.

²⁶⁵ Los roles materializan competencias, que pueden ser dos órdenes: competencia organizacional y competencia institucional. Preferí no sobrecargar esta introducción con esos conceptos, cuya importancia, sin embargo, no puede ser subestimada. Al respecto, cf. GRECO, *Introdução...*, pp. 140-141, con referencias; JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 21, p. 31; *La omisión: estado de la cuestión*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 129 y ss., p. 132 y ss. (trad. Sánchez-Vera); y SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 67 y ss..

tado, pero que la sociedad no espera que ningún conductor evite, se debe considerar que A se ha mantenido dentro de los límites del rol de conductor, por lo que, no habrá practicado una acción típica de homicidio.

De ese modo, para JAKOBS, *solo será objetivamente típica la acción que, desde un punto de vista objetivo, esto es, con independencia de lo que el autor piense o desee²⁶⁶, viole un rol*; este rol se traduce, dogmáticamente, a través de la figura de la *posición de garante*, adoptada por la dogmática tradicionalmente solo para delimitar el ámbito del delito omisivo impropio²⁶⁷. Solamente le serán imputados al autor aquellos riesgos cuya evitación le corresponda garantizar, aquellos riesgos frente a los cuales desempeñe una posición de garante – importando poco si el autor provoca el resultado por acción o por omisión. Una causación del resultado sin la posición de garante será, a lo sumo, una omisión de socorro²⁶⁸.

En la construcción de JAKOBS, el desvalor objetivo de la acción, la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado*, se confunde, por tanto, con la violación del deber que incumbe al garante. Este riesgo jurídicamente desaprobado se estructura en cuatro subniveles,

²⁶⁶ JAKOBS, *Kriminalisierung...*, p. 761; *Akzessorietät...*, p. 261: “En una sociedad fundada en la división del trabajo, con intercambio de informaciones y mercancías altamente complejo, se debe distinguir claramente lo que es el sentido objetivo de un contacto social y lo que las personas pretenden subjetivamente. El único sentido socialmente válido de contacto es el sentido objetivo.

²⁶⁷ JAKOBS, *Tätervorstellung...*, p. 284; JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/58; *La imputación...*, p. 101; *Instituciones...*, p. 211. El primero en proponer la posición de garante como elemento tanto de los tipos comisivos, como de los omisivos, parece haber sido HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, DeGruyter, Berlin / New York, 1972, p. 174, con su “concepto negativo de acción”: “la acción es la no-evitación evitable de un resultado en posición de garante”. De acuerdo, en la dogmática español, BACIGALUPO, *Principios de derecho penal – Parte general*, 5^a edición, Akal, Madrid, 1998, p. 165.

²⁶⁸ Cf. más adelante, nota al pie de página 279.

en los cuales no se puede decir que el autor sea garante, o sea, que su comportamiento viole las expectativas dirigidas a determinado rol. El primero de estos subniveles²⁶⁹ de exclusión de la imputación comprende las hipótesis de *riesgo permitido*: como todo contacto social involucra determinados riesgos (riesgo mínimo permitido²⁷⁰), aquel que se mantiene dentro de esos límites no viola alguna expectativa, no pudiendo ser garante de lo que sea²⁷¹. El segundo grupo de casos en el que el autor se mantiene en los límites de su rol es el del *principio de confianza*: como “no todo incumbe a todos”²⁷², cada uno puede confiar en que los demás cumplirán su papel²⁷³. El comportamiento del autor tampoco tendrá un sentido delictivo si, a pesar de ser socialmente neutro, un extraño lo utilice para finalidades criminosas: existe una *prohibición de regreso*²⁷⁴. Y, finalmente, la imputación puede excluirse en un cuarto grupo de casos: aquel en el que el riesgo no se encontraba en el ámbito de competencia del autor, y sí de la víctima (*competencia de la víctima*), que abarca desde las hipótesis de consentimiento excluyente de tipicidad hasta los casos de acciones a riesgo propio de la víctima²⁷⁵.

Merece especial destaque el tratamiento conferido por el autor al problema de los *conocimientos y capacidades especiales*: atacando

²⁶⁹ Por motivo de espacio, no estoy haciendo referencia a los requisitos específicos de cada uno de esos grupos de casos de exclusión de la imputación, lo que no significa que no existan.

²⁷⁰ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/42.

²⁷¹ Sobre el riesgo permitido, cf. JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/35 y ss.; JAKOBS, *La imputación...*, p. 103 y ss., p. 117 y ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 27; *Instituciones...*, p. 213 y ss..

²⁷² JAKOBS, *Regressverbot...*, p. 30.

²⁷³ JAKOBS, *Regressverbot...*, p. 29 y ss.; *Strafrecht...*, § 7/51 y ss.; JAKOBS, *La imputación...*, p. 105 y ss.; *Instituciones...*, p. 218 y ss..

²⁷⁴ JAKOBS, *Regressverbot...*, pp. 22-23; *Strafrecht...*, § 7/56 y ss.; JAKOBS, *La imputación...*, p. 106 y ss., p. 145 y ss.; *Instituciones...*, p. 215 y ss.; *Akzessorietät...*, p. 260 y ss..

²⁷⁵ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/104 y ss.; *La imputación...*, p. 109 y ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 29; *Instituciones...*, p. 220 y ss..

directamente a la doctrina dominante, que, como vimos, pretende utilizar los conocimientos especiales del autor ya en el ámbito de la teoría de la adecuación, para expandir el ámbito de lo objetivamente previsible^{276,277}, JAKOBS considera irrelevantes todos los conocimientos que excedan los límites de aquello que el agente, según su rol social, está obligado a saber²⁷⁸. De ese modo, en el caso del conductor, ex piloto de fórmula 1, referido anteriormente, no existirá alguna responsabilidad por homicidio si este matara a una persona en circunstancias en que a los conductores ya no les cabría el deber de evitar el resultado – aunque el salvamento de la vida le fuese posible. El no-uso de las capacidades especiales configurará, a lo sumo, una omisión de socorro²⁷⁹.

El riesgo jurídicamente desaprobado está creado una vez que se viola un rol y una vez que son decepcionadas las expectativas dirigidas por la sociedad al autor. De modo que, la pregunta, en los delitos de resultado, pasa a versar sobre la *realización o no de este riesgo*. En primer lugar, debe, claramente, existir un *nexo causal* entre la acción y el resultado. A pesar de que la causalidad es entendida como un elemento dentro de la imputación²⁸⁰, esta no es dispensada, ya que “los delitos de resultado ... obligan, por definición, a un mínimo de naturalismo”²⁸¹. JAKOBS entiende a la realización de riesgos como un

²⁷⁶ Al respecto de la teoría de la adecuación y de la consideración de los llamados conocimientos especiales, ya anteriormente, III, 3, a.

²⁷⁷ Nótese que JAKOBS también rechaza la teoría de la adecuación: *Strafrecht...*, § 7/33, 34.

²⁷⁸ JAKOBS, *Tätervorstellung...*, p. 286; *Risikokonkurrenz...*, p. 73 y ss.; *Strafrecht...*, § 7/50; *La imputación...*, p. 136 y ss.; *Instituciones...*, pp. 214-215; *Norm, Person...*, p. 96 y ss.

²⁷⁹ JAKOBS, *Regreßverbot...*, p. 26; *Strafrecht...*, 7/50; *La imputación...*, p. 137; *Akzessorietät...*, p. 263.

²⁸⁰ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/5 y ss.; *Strafrechtliche Haftung...*, p. 421: la causalidad como “derivado de la imputación”.

²⁸¹ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 55.

problema de *concurrencia de riesgos*²⁸²: esto es, dentro de los múltiples factores que sirven de condición para un resultado, se debe verificar si la acción creadora del riesgo jurídicamente desaprobado es necesaria para explicarlo²⁸³, o si puede ser explicado por otro conjunto de factores u otros riesgos, inclusive creados por el propio autor, desde que son permitidos²⁸⁴. Mientras el resultado no estuviera explicado, este desorienta e inquieta²⁸⁵.

El proceso de explicación ocurre, por tanto, en *dos etapas*: en primer lugar, se identifican y se separan los diversos riesgos creados por el autor, aislando el riesgo no permitido que creó (aislamiento del riesgo)²⁸⁶. Después, se toma el riesgo no permitido y se verifica si este es necesario para explicar el acontecimiento²⁸⁷. Piénsese en el ejemplo²⁸⁸ del propietario de una pensión que, contrariamente a su rol, apaga las luces del vestíbulo de su edificio. Actuando de esta manera, el autor crea riesgos no permitidos solamente frente a sus huéspedes, y no frente a los transeúntes que entran allí para protegerse de la lluvia. Digamos, ahora, que alguno de esos transeúntes se accidenta a causa de la oscuridad. ¿Tal resultado debe ser imputado al dueño de la pensión? Para comenzar, es preciso aislar el riesgo no permitido: el riesgo de que la oscuridad ocasione lesiones en los huéspedes. Después, vemos si tal riesgo no permitido es necesario para explicar el resultado: y la respuesta es negativa. Para explicar el resultado “lesión del transeúnte”, no es preciso mencionar al riesgo

²⁸² JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 53 y ss.; *Strafrecht...*, § 7/73; *La imputación...*, p. 173 y ss.;

²⁸³ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 53; *Strafrecht...*, § 7/72, 78; *La imputación...*, p. 174 y ss.;

²⁸⁴ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, pp. 56-57; *Strafrecht...*, § 7/76: “relatividad de lo no-permitido”; a través de una misma acción, el autor puede crear varios riesgos, prohibidos y permitidos.

²⁸⁵ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 53.

²⁸⁶ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/72, 73.

²⁸⁷ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/78.

²⁸⁸ El ejemplo y la resolución se encuentran en JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/76.

de lesiones a huéspedes. Lo que explica el resultado es el riesgo permitido —el riesgo creado para los transeúntes— y este fue el que se realizó en el resultado.

Nótese que, al contrario de lo que proponen ROXIN y su escuela, JAKOBS opta por determinar si un riesgo se realizó o no *sin tomar en cuenta los cursos causales hipotéticos*²⁸⁹: el hecho de que el resultado habría ocurrido de la misma forma sin el comportamiento antijurídico no excluye la realización del riesgo, pero permite una reducción de la pena, por aplicación analógica de ciertos dispositivos²⁹⁰.

JAKOBS *tampoco* trabaja con la idea del *fin de protección de la norma*: siguiendo a FRISCH (cf. más adelante, 3), JAKOBS considera esta *categoría* innecesaria y de peligrosa imprecisión²⁹¹. Los casos de fin de protección de la norma pueden ser mucho mejor resueltos en el ámbito de la creación de riesgos o, principalmente, en el momento de determinar cuál es el riesgo necesario para “explicar” el resultado.

Como *evaluación genérica*, se puede decir que la teoría de la imputación de JAKOBS impresiona por su sólida fundamentación filosófico-sociológica. La verdadera belleza del sistema de JAKOBS está no solo en su teoría de la imputación objetiva, sino también en los reflejos que esa teoría provoca en el resto de la teoría del delito, y en la precisión y armonía con que cada problema es resuelto, siempre tomándose en cuenta tales efectos colaterales²⁹². Tengo, sin embargo, dudas sobre algunas cuestiones específicas. En primer lugar, no estoy seguro de que la extensión de la posición de garante, tomada del ámbito del delito omisivo también para el delito comisivo, sea algo necesario máxime si tenemos en cuenta cuanto esta figura dogmática

²⁸⁹ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 57 y ss.; *Strafrecht...*, § 7/74 y ss., nm. 75: “Si un riesgo se realiza o no, esto no depende de lo que habría ocurrido sin aquel, sino de aquello que ocurrió con aquel”; nm. 91; JAKOBS, *La imputación...*, p. 184 y ss.. Para una crítica a la teoría del aumento del riesgo, cf. *Strafrecht...*, § 7/98 y ss.; *La imputación...*, págs. 192 y ss..

²⁹⁰ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/92 y ss..

²⁹¹ JAKOBS, *Strafrecht...*, § 7/79.

²⁹² Ver algunas referencias más adelante, VI, 1.

todavía carece de precisión y esclarecimiento. En segundo lugar, el tratamiento dispensado a los poseedores de conocimientos especiales es a veces excesivamente condescendiente; punir por omisión de socorro a nuestro ex piloto de la fórmula 1, que acaba de matar a un niño, difícilmente bastará para reafirmar la vigencia de los valores que violó. Por otro lado, me parece que le asiste la razón a JAKOBS, al rechazar al psicologismo de la doctrina dominante, según la cual cualquier conocimiento, por sí solo, genera el deber del autor de valerse de ello para evitar lesiones a bienes jurídicos. Creo que la solución correcta estará en algún lugar entre los dos extremos. En tercer lugar, no me parece que la fórmula de la explicación del resultado sea realmente capaz de operar sin considerar a los cursos causales hipotéticos²⁹³. Y, finalmente, el rechazo a la teoría del aumento del riesgo también me parece inadecuada tanto de una perspectiva dogmática como político-criminal.

3. FRISCH

Fue en el curso de su extensa investigación sobre el dolo eventual que Wolfgang FRISCH observó la necesidad de desarrollar una teoría del objeto del dolo, del componente objetivo al que el dolo se dirige: el comportamiento típico²⁹⁴. Cinco años después, presenta al público una nueva monografía: “Comportamiento típico e imputación del resultado”, cuyas ideas principales expondré²⁹⁵ ahora.

²⁹³ Así, también, FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 531.

²⁹⁴ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln etc., 1983, p. 118 y ss., donde ya desarrolla “Ideas fundamentales del ‘comportamiento típico’”, y p. 503, donde declara que el punto débil del sistema tradicional, justificándose en una extensa revisión, es la “no-tematización del núcleo decisivo de cualquier hecho punible, el comportamiento típico”. Sobre este libro, cf. KÜPER, *Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch*, en: GA 1987, p. 479 y ss..

²⁹⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

FRISCH inicia su trabajo con abierta *polémica sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado*²⁹⁶. Para él, la construcción de la doctrina dominante se habría ocupado, predominantemente, del problema de la imputación de resultados, olvidando que toda y cualquier teorización sobre ello tiene por presupuesto que el comportamiento prácticado por el autor sea prohibido. En el caso de un comportamiento que disminuye el riesgo para un bien jurídico, p. ej., la pregunta correcta no se refiere a la imputación del resultado²⁹⁷. La realidad es que tal comportamiento ni si quiera puede entenderse

Cf., del mismo autor, además de las obras citadas en esta y en la última nota al pie de página, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?*, en: JuS 1990, p. 363 y ss.; el mismo autor, *Selbstgefährdung im Strafrecht*, en: NStZ 1992, p. 1 y ss., p. 62 y ss.; el mismo autor, *Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung*, en: Eser etc. (eds.), *Vom totalitären zum rechtsstaatlichem Strafrecht*, Max Planck Institut, Freiburg, 1993, p. 201 y ss.; el mismo autor, *An den Grenzen des Strafrechts*, en: Küper / Welp (eds), *Festschrift für Stree und Wessels*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 69 y ss.; el mismo autor, *Tipo penal...*; el mismo autor, *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo*, en: Mir / Luzón (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 99 y ss., (trad. Paredes Castañón); el mismo autor, *Straftat und Straftatsystem*, en: Wolter / Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 135 y ss.; el mismo autor, *Strafrechtssystem und Rechtsfindung*, en: Eser (ed.), *Festschrift für Nishihara*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 66 y ss.; *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 19 y ss. (trad. Robles Panas); el mismo autor, *Faszinierendes...*.

Sobre la teoría de la imputación de FRISCH, vide también WOLTER, *Tatbestandmäßiges...*, p. 533 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *La reformulación...*, p. 50 y ss..

²⁹⁶ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 9 y ss.; *Tipo penal...*, p. 92 y ss..

²⁹⁷ El ejemplo y su solución se encuentran en FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, pp. 31-32, y p. 60; *La imputación...*, p. 60.

como prohibido. De ese modo, es necesario una teoría capaz de enunciar bajo qué presupuestos un comportamiento es considerado prohibido, esto es, prohibido bajo la amenaza de pena: una teoría del comportamiento típico²⁹⁸. Por su parte, a la teoría de la imputación del resultado debe ser reservada otra tarea: la de determinar cuando el autor puede ser sancionado por el delito consumado. Para FRISCH, la teoría de la imputación del resultado tiene por objeto únicamente los presupuestos del nexo causal y de realización que debe existir entre el comportamiento prohibido y el resultado²⁹⁹. La importancia de una correcta distinción entre comportamiento típico e imputación del resultado es fundamental³⁰⁰, toda vez que los dos conceptos son construidos con base en normas diversas – de un lado, normas de comportamiento (también llamadas normas de determinación) y, de otro lado, normas de sanción (también llamadas normas de valoración); según perspectivas diversas – *ex ante*, de un lado, y *ex post*, del otro³⁰¹; y según diversas *rationes*³⁰² – que veremos en adelante.

La construcción de la *teoría del comportamiento típico* opera en dos planos³⁰³. En primer lugar, el autor argumenta en el *plano iusfilosófico / constitucional*³⁰⁴: le interesa saber en qué condiciones

²⁹⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 30; *La imputación...*, p. 59.

²⁹⁹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 58; *La imputación...*, p. 65.

³⁰⁰ Cf. FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 44 y ss., donde son señalados inclusive otros motivos para justificar una clara distinción entre comportamiento típico e imputación del resultado; *Tipo penal...*, p. 102 y ss.; *Strafrechtssystem...*, p. 69 y ss., donde analiza el problema de las acciones de salvamento en las que el salvador es lesionado, criticando a la jurisprudencia, que había resuelto la cuestión en el plano de la imputación, y no en el del comportamiento típico; *La imputación...*, p. 61.

³⁰¹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 71 (sobre la perspectiva *ex ante*, en el comportamiento típico) y p. 519 (sobre la perspectiva *ex post*, en la imputación del resultado); *La imputación...*, p. 62.

³⁰² FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 49.

³⁰³ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 80.

³⁰⁴ En sus trabajos más recientes, FRISCH viene valorizando la fundamentación iusfilosófica, colocando en segundo plano a la fundamentación

el Derecho, en general, declarará determinado comportamiento como desaprobado. Es necesario, en este momento, tener en mente que toda desaprobación jurídica reduce la esfera de libertad de los ciudadanos. Por tanto, para que una prohibición sea legítima, es necesario que haya motivos superiores que justifiquen tal intervención estatal en el derecho a la libertad, constitucionalmente asegurado³⁰⁵. Este motivo solo puede consistir en que la prohibición se muestre como un instrumento idóneo, necesario y adecuado para impedir un comportamiento que tienda a lesionar un bien jurídicamente protegido^{306,307}. De modo que, solo serán contrarias al Derecho aquellas acciones que, objetivamente, se dirijan a la lesión de un bien jurídico —en otras palabras, acciones *ex ante* objetivamente peligrosas³⁰⁸— y cuya prohibición sea una forma idónea, necesaria y adecuada para protegerlo. En este primer plano de la teoría del comportamiento típico, la cuestión fundamental es la repartición de las esferas de libertad, lo que hace recordar, en mucho, a la Filosofía del Derecho de Kant³⁰⁹.

constitucional, predominante en la obra *Tatbestandmäßiges Verhalten*. Así, p. ej., FRISCH, *Straftat...*, p. 145 y ss., donde fundamenta el ilícito penal desde una perspectiva filosófica, en la línea de ciertos desarrollos hegelianos (E. A. WOLFF, M. KÖHLER etc.), y p. 162, nota a pie de página n. 77, donde dice que considera que la reflexión iusfilosófica es más fecunda que la referencia constitucional al principio del Estado de Derecho. Tal vez lo más correcto sería hablar, simplemente, de “plano pre-jurídico-penal”.

³⁰⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 70.

³⁰⁶ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. cit.; *An den Grenzen...*, pp. 82-83; *Voraussetzungen...*, p. 211; *Strafrechtssystem...*, p. 78; *La imputación...*, pp. 64-65.

³⁰⁷ Aplicación clara del principio de proporcionalidad. Sobre este principio entre nosotros, cf. BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 209.

³⁰⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 71; *Vorsatz...*, p. 123, p. 126; *Straftat...*, p. 197.

³⁰⁹ Esto queda especialmente claro en FRISCH, *La imputación...*, p. 64, donde declara que el parámetro para la resolución del problema de las conductas

Sin embargo, ni todo lo que es prohibido para el Derecho en general es también prohibido por el Derecho Penal³¹⁰. El ilícito penal es un ilícito especialmente calificado: es un ilícito que justifica la imposición de una pena, que materializa un intenso juicio de reprobación ético-social³¹¹. En este momento, FRISCH avanza para el segundo *plano* de argumentación, lo *jurídico-penal*, para preguntar cuándo, específicamente, los comportamientos que el orden jurídico consideró prohibidos pueden ser objeto de la desaprobación más intensa que el ordenamiento tiene a su disposición, el cual es la desaprobación penal. Nuevamente, FRISCH recurre al principio de proporcionalidad: un comportamiento solo será penalmente prohibido y, por tanto, típico, cuando la desaprobación penal se muestre un instrumento idóneo, necesario y adecuado para garantizar la inviolabilidad y la vigencia fáctica de la norma jurídica cuestionada por el comportamiento jurídicamente desaprobado³¹².

Enunciados los principios generales del comportamiento típico, FRISCH parte hacia la *concretización a través de grupos de casos*³¹³. Rechazando las distinciones habituales en la doctrina como una aglomeración desordenada de *tópicos*, FRISCH propone la siguiente tripartición: comportamientos inmediatamente peligrosos para el bien jurídico³¹⁴, comportamientos que posibilitan o facilitan auto-

prohibidas es “la idea de llevar la libertad individual a una relación aceptable para todos los actores (recíprocamente) frente a la libertad (y a los bienes) de todos los demás, según una ley general”.

³¹⁰ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 77.

³¹¹ FRISCH, *An den Grenzen...*, p. 85, p. 86; *Wesentliche...*, pp. 221-222; *Straflat...*, p. 146, con fundamentación iusfilosófica: el ilícito penal como negación grave del respeto que cada persona debe a la libertad de los demás.

³¹² FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 77; *Wesentliche...*, p. 222.

³¹³ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 86 y ss.; analizando, específicamente, el problema de la responsabilidad de directores de empresas, FRISCH sigue también la tripartición ahora explicada: *Problemas fundamentales...*, p. 103.

³¹⁴ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 90 y ss..

lesiones o autopuestas en peligro de la víctima³¹⁵ y comportamientos que posibilitan, facilitan o motivan el comportamiento lesivo de terceros³¹⁶. Esa distinción toma en cuenta que el autor puede causar la lesión al bien jurídico de tres maneras: o inmediatamente (valiéndose de la causalidad natural), o a través del comportamiento de la víctima, o a través del comportamiento de terceros; y que el problema de la repartición de las esferas de libertad se colocará de modo diverso dependiendo de la estructura de casos que se examine³¹⁷.

No es posible, en esta sede, exponer detalladamente el modo como FRISCH lleva adelante la concretización de estos grupos de casos. Por ahora, basta resaltar dos aspectos. En primer lugar, que la aparente indeterminación del criterio propuesto (idoneidad, necesidad y adecuación) es considerablemente reducida en el proceso de concretización, especialmente en virtud de la importancia que FRISCH confiere a las normas que, en el plano jurídico o extrajurídico (normas técnicas), ya vienen regulando el comportamiento. En general, pero no siempre, la violación de una de esas normas significa que el comportamiento es típico³¹⁸. No obstante, los criterios de la conducta típica adquieren real relevancia, principalmente, en aquellos ámbitos que no son objeto de alguna regulación. Veamos un ejemplo³¹⁹, que hará que la teorización de FRISCH sea más clara: todos saben que la puesta a disposición, la entrega de objetos

³¹⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 148 y ss.; sobre la conducta de la víctima, cf., además, *Riskanter Geschlechtsverkehr...*, p. 369 y ss.; *Selbstgefährdung...*; *Tipo penal...*, p. 120 y ss..

³¹⁶ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 230 y ss..

³¹⁷ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 88.

³¹⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 92, para los comportamientos objeto de normas jurídicas, y p. 103, p. 106 y ss., para los comportamientos regulados por normas extrajurídicas (normas técnicas, *lex artis* etc.); *Problemas fundamentales...*, p. 104.

³¹⁹ El razonamiento detrás de este ejemplo es similar al que se encuentra en FRISCH, *Selbstgefährdung...*, p. 6; ya el ejemplo es una creación mía (como el lector debe haberse imaginado...)

como cubiertos o juguetes, causan, aún sin algún defecto, estadísticamente, lesiones a aquellos que los utilizan³²⁰. No tendría sentido, sin embargo, prohibir que se entregasen cubiertos o juguetes para evitar que las víctimas se lastimen. Tal restricción a la libertad de los ciudadanos sería desproporcional, porque, a pesar de ser idónea para evitar lesiones de las víctimas, que ciertamente no se accidentarían más con los objetos que ya no llegarían a sus manos, desatiende a los otros dos requisitos de la conducta típica. Al final, tal prohibición es innecesaria, porque es posible proteger los intereses de las víctimas con medidas menos drásticas que la prohibición completa de poner a disposición tales objetos, como, p.ej., exigiendo que la víctima responsable preste atención al manipular los cubiertos, o que los padres de los niños solo les den juguetes adecuados al grado de madurez de los niños. Y sería inadecuada, porque el beneficio en los bienes jurídicos solo sería obtenido a costas de una parte de libertad de la cual no parece que estemos dispuestos a renunciar. No queremos vivir en un mundo sin cubiertos o juguetes. Por lo tanto, el comportamiento analizado no puede ser prohibido por el Derecho ni mucho menos típico.

En segundo lugar, obsérvese que innumerables problemas que la doctrina, tradicionalmente, ha venido resolviendo en el plano de la realización del riesgo (que FRISCH denomina imputación objetiva del resultado), o en otro sector, como el alcance del tipo de ROXIN (comportamientos de la víctima, atribución al ámbito de responsabilidad de tercero – al respecto, rápidamente, en la parte ya analizada, V, 1), ya pasan a ser tratados en el ámbito del comportamiento típico³²¹. Piénsese en el siempre citado caso del conductor que, de inicio, excede el límite de velocidad, para instantes después, cuando ya está manejando en los límites de lo permitido, atropelle

³²⁰ No estoy refiriéndome a la fabricación, porque esta conducta está sometida a normas técnicas. Me interesa, en este ejemplo que estoy construyendo, únicamente analizar el caso de la conducta de un particular que, p. ej., da una cena en su casa, en la cual la víctima se hace daño al cortar la comida.

³²¹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 62 y ss..

de modo inevitable a un peatón desatento. Queda comprobado que, si no hubiese excedido el límite de velocidad anteriormente, habría llegado al lugar del atropello algunos segundos después, momento en el que el peatón ya no se encontraría³²² más allí. La doctrina dominante resuelve ese caso en el campo de la realización de riesgos, valiéndose de la idea del fin de protección de la norma: la norma que prohíbe la conducción en exceso de velocidad no tiene por finalidad hacer que un conductor llegue a un determinado lugar segundos después³²³. FRISCH, sin embargo, objeta que el problema no tiene nada que ver con la imputación del resultado. En este caso en concreto, no existió algún comportamiento típico frente a los bienes jurídicos de la víctima. Manejar en exceso de velocidad no crea algún riesgo jurídicamente desaprobado para los peatones que se encuentran en otras calles. El comportamiento del autor puede, por tanto, configurar un ilícito administrativo, pero no un ilícito penal³²⁴. *No es necesario* trabajar con la oscura fórmula mágica del “*fin de protección de la norma*”³²⁵. Tal vez uno de los mayores méritos de FRISCH este justamente en esta revalorización del comportamiento típico que permite una solución mucho más adecuada y precisa de innumerables problemas.

Construida la teoría del comportamiento típico, llega el momento de la *imputación objetiva del resultado*. La teoría de la imputación objetiva tiene por tarea determinar en qué consiste el desvalor del resultado, en los delitos del resultado. Para ello, debe orientarse según la *ratio* del mayor merecimiento y necesidad de pena de delitos que provoquen un resultado lesivo. ¿Por qué el Derecho, en muchos

³²² Ejemplo expuesto en FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 98.

³²³ Cf., p. ej., WESSELS / BEULKE, *Strafrecht...*, nm. 182.

³²⁴ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, pp. 98-99. FRISCH resuelve el caso a través del criterio de la llamada “evitabilidad planificable”, que solo considerará típicos aquellos comportamientos cuya no práctico pueda evitar, de modo planificable, y no solo, por casualidad, daños a determinados bienes jurídicos.

³²⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, p. 66, p. 81 y ss..

casos, aumenta la pena cuando surge el resultado (delito doloso)³²⁶, y en otros subordina la punición a la ocurrencia del resultado (delito culposo)? ¿Por qué la ocurrencia del resultado hace que el hecho sea más merecedor de pena? La pregunta por la *ratio* es fundamental para permitir una construcción teleológica y funcional de la teoría de la imputación del resultado. El resultado solo podrá imputarse cuando la *ratio* está presente. Si este ocurre, sin que la *ratio* se presente, la punición carecerá de legitimidad³²⁷.

Para Frisch, la *ratio* de la punición por el resultado es doble. En primer lugar, la ocurrencia de la lesión implica inseguridad, conmoción, en fin: *una perturbación más intensa de la paz jurídica*³²⁸. Sin embargo, más allá de eso, el resultado, la lesión al bien jurídico, es la más visible expresión de la violación de la norma, donde surge una segunda *ratio* para legitimar la punición del resultado: la *mayor necesidad de explicitación de la vigencia de la norma*³²⁹. Esta *ratio* servirá de guía en el momento de determinar si el resultado debe o no ser imputado a determinado autor de un comportamiento típico, especialmente en casos dudosos, como los de los cursos causales hipotéticos.

En razón de que FRISCH desarrolló, en toda su potencialidad, la teoría del comportamiento, pocos problemas restan a la teoría de la imputación del resultado³³⁰. El primero de ellos, de cualquier manera, es el *nexo causal* que debe existir entre acción y resultado; para FRISCH, el nexo causal es el primer requisito de la imputación objetiva³³¹.

³²⁶ Nótese que, en el Derecho Alemán, la reducción de pena en el delito tentado es meramente facultativa.

³²⁷ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 511.

³²⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 516.

³²⁹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 517-518.

³³⁰ FRISCH, *Tipo penal...*: la realización del riesgo no coloca “ningún problema normativo autónomo” (p. 114); “solo un problema de prueba fáctica” (p. 110).

³³¹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 520 y ss..

Asimismo, debe existir el *nexo de realización* entre el riesgo creado por el comportamiento típico y el resultado que causa³³². Mientras que autores como ROXIN y su escuela, aquí, distinguen varios grupos de casos como la falta de previsibilidad, resultados ajenos al fin de protección de la norma, sin que se pueda hablar de una fórmula genérica³³³, otros, como JAKOBS y PUPPE, trabajan con la idea de la explicación (el riesgo no permitido debe explicar el resultado)³³⁴, FRISCH rechaza cualquier fórmula³³⁵. Para él, en el plano de la realización del riesgo, basta que opere un *cambio de perspectiva, de ex ante para ex post*³³⁶. Esto es: basta preguntar si, *ex post*, lo que realmente ocurrió fue aquel riesgo creado *ex ante*, si el curso causal ocurrido era uno de aquellos que la norma tenía por finalidad evitar³³⁷. El clásico caso de la ambulancia esclarecerá el razonamiento de FRISCH: disparar a alguien crea, *ex ante*, el riesgo de que alguien muera a causa de los disparos. Si la víctima, sin embargo, fallece en un accidente de ambulancia, este curso causal no corresponde a la clase de aquellos que, *ex ante*, la norma de comportamiento pretendía evitar. Por ello, el riesgo creado no se realizó en el resultado.

Otro punto que merece ser destacado es el *rechazo a la teoría del aumento del riesgo*³³⁸. Para FRISCH, en los casos en que no se sepa si el comportamiento conforme al derecho impediría el resultado, no se puede decir que estén presentes las *rationes* de la imputación del resultado. Al final, FRISCH dice que no existe certeza de que, en tales casos, la ocurrencia de la lesión manifieste una lesión más intensa a la paz jurídica³³⁹. Tampoco se observa una necesidad de reafirma-

³³² FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 524 y ss..

³³³ Anteriormente, IV, 3, a.

³³⁴ Anteriormente, V, 2, y más adelante, V, 4.

³³⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 526 y ss.; *Tipo penal...*, p. 109.

³³⁶ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 526-527; *Tipo penal...*, p. 110.

³³⁷ Como la nota anterior.

³³⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 543 y ss.; *Tipo penal...*, p. 111 y ss.; *La imputación...*, p. 49.

³³⁹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 545.

ción de la norma, ya que, al final, siempre se podría objetar que el comportamiento correcto en nada habría modificado el resultado³⁴⁰.

A modo de *evaluación genérica*, cabe decir que el sistema de FRISCH es de los más impresionantes, completos y consistentes ya desarrollados en el debate doctrinario. Al contrario de lo que, a primera vista, puede parecer, la gran polémica de FRISCH contra la teoría dominante es mucho más que una discusión terminológica; por detrás de esta, está el esfuerzo, que parece, justificado, de recolocar el problema de comportamiento típico en el centro de las discusiones. Esa revalorización de la idea del comportamiento típico, si bien no ha ganado la aceptación de la generalidad de la doctrina, parece permitir una solución más fácil y económica de muchos problemas que vienen, hasta hoy, siendo resueltos en el ámbito de una difusa teoría de la imputación objetiva. La idea de valerse del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y adecuación) en el momento de determinar el contenido de la conducta típica parece igualmente apropiada. Mis reservas comienzan en el rechazo a la teoría del aumento del riesgo, opción que equivale a negar protección penal a los bienes jurídicos en los momentos en que más necesitan de ella. Este rechazo me parece injustificado inclusive de una perspectiva intrasistématica, ya que no consigo comprender el porqué de la ausencia de las *rationes* de la punición por el resultado en los casos de comportamientos que no solo lo causaron, sino también aumentaron el riesgo de su ocurrencia.

4. PUPPE

PUPPE³⁴¹ inicia su sistematización en un punto que, según ella, la doctrina olvidó casi por completo: el *concepto de resultado*.

³⁴⁰ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges...,* p. 543.

³⁴¹ Desde hace dos décadas la autora viene publicando estudios sobre el tema de la causalidad e imputación: PUPPE, *Der Erfolg in seiner kausalen Erklärung im Strafrecht*, en: ZStW 92 (1980), p. 863 y ss.; la misma autora, *Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung – BGH, NJW 1982, 292*, en: JuS

tado³⁴². El resultado es aquello que la teoría de la causalidad pretende explicar. Y la doctrina dominante se contentó, siempre, en

1982, p. 660 y ss.; la misma autora, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit – Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips*, en: ZStW 95 (1983), p. 287 y ss.; la misma autora, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, en: GA 1984, p. 101 y ss.; la misma autora, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en: ZStW 99 (1987), p. 595 y ss.; la misma autora, *Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken*, en: ZStrR 107 (1990), p. 141 y ss; hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: ADPCP, 1992, p. 681 y ss.); la misma autora, *Naturgesetze vor Gericht*, en: JZ 1994, p. 1147 y ss.; la misma autora, *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, en: GA 1994, p. 297 y ss.; la misma autora, *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, en: MIR / LUZÓN, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 315 y ss., (trad. Cardenal Montraveta); la misma autora, *Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*, en: Schulz / Vornbaum, *Festschrift für Bemman*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 227 y ss.; la misma autora, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung, dargestellt na Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. I. Die Kausalität*, en: Jura 1997, p. 408 y ss.; *II. Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, auch Rechtswidrigkeitszusammenhang genannt*, en: Jura 1997, p. 513 y ss.; *III. Der Schutzzweck der Norm und seine Ermittlung*, en: Jura 1997, p. 624 y ss.; *IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten*, en: Jura 1998, p. 21 y ss.; la misma autora, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Lfg., Nomos, Baden-Baden, 1998, vor § 13; la misma autora, *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000; la misma autora, *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin – New York, 2001, p. 289 y ss. En este penúltimo trabajo, parcialmente traducido al español (PUPPE, *La imputación objetiva*, trad. Percy García Caverio, Comares, Granada, 2001), se encuentra la más reciente, completa y didáctica exposición de las ideas de PUPPE.

³⁴² Así, primeramente, PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung...*, p. 870 y ss.; más reciente, *Die Erfolgszurechnung...*, p. 15 y ss.; NK, vor § 13/67 y ss., (nm. 67): “En oposición crasa a los esfuerzos más que centenarios de la dogmática jurídico-penal, en el sentido de formular una teoría general de la acción y un concepto de acción genéricamente válido, se nota la completa ausencia de una teoría del resultado”.

decir: el resultado que le interesa al Derecho es aquel concretamente ocurrido con todas las circunstancias de tiempo y lugar, con todas sus características individualizadoras^{343,344}. Si B, que había ingerido veneno y estaba a punto de morir, es acuchillado por A, falleciendo, A será causa del resultado, ya que este es definido como la muerte de B, en determinado instante, en determinado lugar, a través de determinados medios.

Sin embargo, la autora entiende tal concepto de resultado como inútil, porque, simplemente, no existe algún límite para la individualización del resultado. Siempre será posible añadirle alguna característica. Según la doctrina dominante, tendrá que ser considerado causador del daño aquel que, dentro de una casa que se está incendiando, voltea el sofa, de modo que se queme de izquierda a derecha, y no de derecha a izquierda. Al final, causó el resultado concreto (“destrucción a través del fuego iniciado por el lado izquierdo”). Igualmente, aquel que pintó un jarrón que otro luego rompe será causador del resultado “destrucción de un jarrón pintado”. Y

³⁴³ Cf., p. ej., WESSELS / BEULKE, *Strafrecht...*, nm. 161; entre nosotros, GALVÃO, *Imputação...*, p. 45; JESUS, *Direito penal...*, p. 218.

³⁴⁴ La exposición y crítica de la teoría del resultado en su forma concreta es realizada en PUPPE, *Der Erfolg...*, p. 870 y ss.; *Beziehung...*, p. 596 y ss.; *Die Erfolgszurechnung...*, p. 11 y ss.; *Kausalität: ein Versuch...*, p. 143, con un toque literario, narrando el diálogo de un extraterrestre con un “hombre de manto negro”, en el que este último intenta explicar al primero lo que dice la doctrina dominante; *Naturalismus...*, p. 299 y ss., con especial atención para los presupuestos metodológicos de esta teoría mayoritaria; NK, vor § 13/68 y ss.; *Erfolgszurechnung...*, p. 11 y ss.. La doctrina, según me parece, prefiere evitar un enfrentamiento directo con las objeciones de PUPPE, evitando hacerles referencia siempre que es posible. Críticas que, sin embargo, se encuentran en ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/21; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 65 y ss.. Adhiriéndose, sin embargo, LENCKNER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26^a edición, Beck, München, 2001, Vorbemerkungen zu § 13/79; yendo más allá, constructivamente, HILGENDORF, *Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“*, en: GA 1995, p. 515 y ss..

aquel que arrastra a un moribundo cinco metros será causador del resultado “muerte en lugar X”.

Es erróneo, como la doctrina dominante hace, dejar pasar la oportunidad de excluir la punibilidad de tales casos hasta el plano de la imputación. En realidad, la sede del problema es la propia teoría de la causalidad, más precisamente, la teoría de aquello que la causalidad tiene por tarea explicar: el resultado. No existen resultados concretos, porque nuestro lenguaje es libre para seleccionar, dentro de la riqueza y multiplicidad de la vida real, aquello que considera relevante. El concepto de resultado es un concepto eminentemente jurídico, y, para el Derecho Penal, que trabaja con lesiones a bienes jurídicos, aquel no puede ser otro que la *modificación desfavorable de determinado objeto protegido por el Derecho*³⁴⁵.

Por tanto, lo que tiene que ser explicado a través de la teoría de la causalidad no es la existencia de un hecho con todos sus detalles, sino únicamente la alteración desfavorable que el hecho sufre. De modo que, en ninguno de los ejemplos anteriormente dados, el autor habría causado el resultado, porque, en el primer caso, el resultado sería la “destrucción del sofá”. Si esta se inició por el lado derecho o izquierdo, es irrelevante, ello no necesita ser explicado. De la misma manera, la pintura del jarrón no altera desfavorablemente la situación del objeto protegido por el Derecho; en consecuencia, esta no integra el resultado, que es simplemente “destrucción del jarrón X”. Es igualmente irrelevante el lugar en el que se encontraba la víctima cargada por el autor al dar su último suspiro: por lo tanto, el lugar no integra el resultado a ser explicado.

Con esta definición de resultado, PUPPE posiciona en la teoría de la causalidad innumerables problemas que la doctrina tradicional resolverá solo en el ámbito de la imputación. Especialmente los ca-

³⁴⁵ PUPPE, *Der Erfolg...*, p. 881; *Naturalismus...*, p. 306; NK, vor § 13/76; *Erfolgszurechnung...*, p. 17. Esta propuesta de PUPPE tuvo una reducida aceptación en la doctrina; sin embargo, de acuerdo, RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt etc., 1995, p. 60.

sos de *disminución del riesgo*, aquí, aparecen como casos en los que no existió algún resultado a ser explicado a través de la acción del autor³⁴⁶. Si la víctima, en lugar de morir en el día 15 del mes, recibe un tratamiento que le prolonga la vida en 10 días, el médico no será causador del resultado, ya que no modificó desfavorablemente el bien jurídico. De la misma forma, en algunos casos de *riesgos jurídicamente irrelevantes*, ya resueltos en el ámbito de la causalidad: en el famoso ejemplo del individuo que lanza un balde de agua en la inundación, no llega a modificar negativamente el bien jurídico. Su contribución carece de alguna importancia, por lo tanto, no habrá causado algún resultado.

Una vez definido el resultado, PUPPE parte a su *teoría de la causalidad*. A pesar de que hayamos hablado poco sobre la causalidad en este estudio, en el sistema de PUPPE esta desempeña un papel central, de manera que se justifican algunas palabras en relación a ella. PUPPE rechaza la teoría de la *conditio sine qua non*, predominantemente adoptada todavía entre nosotros, y se esfuerza por perfeccionar la teoría de ENGISCH, de la condición conforme a una ley natural, hoy dominante en Alemania³⁴⁷: para esta teoría, la causa de un resultado será aquel antecedente a él vinculado según una ley natural. Sin embargo, PUPPE la mejora, poniéndola en condición de lidiar con algunos problemas que la formulación de ENGISCH tenía dificultad en resolver. Para PUPPE, causa es el *componente necesario de una condición suficiente del resultado*³⁴⁸. Esta condición suficiente

³⁴⁶ PUPPE, *Der Erfolg...*, p. 885; *Erfolgszurechnung...*, p. 23 y ss.; NK, vor § 13/78. Nótese que la autora no habla de “disminución del riesgo”, sino de “disminución del daño”.

³⁴⁷ Fundamental, ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1931, p. 21; sobre la fórmula, en detalle, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/14 y ss.. Adoptándola entre nosotros, D'ÁVILA, *Crime culposo...*, p. 34.

³⁴⁸ Primeramente, en PUPPE, *Der Erfolg...*, pp. 875-876; después, *Beziehung...*, p. 599; *Naturgesetze...*, p. 1149; *Kausalität...*, p. 151; *Problemas...*, p. 219; NK, vor § 13/96; *Erfolgszurechnung...*, p. 71.

es el enunciado de la ley natural, siempre en términos genéricos, no pudiendo contener cualquier nombre propio o referencia a un conjunto determinado de individuos (causalidad genérica)³⁴⁹. Una condición suficiente del resultado muerte, p. ej., puede consistir en la siguiente hipótesis: la ingesta, por un hombre adulto, de una cantidad X de arsénico y la ausencia del inmediato atendimiento médico son mortales (nótese: el enunciado de la hipótesis contiene únicamente términos genéricos). Si, en un caso concreto, A suministró la cantidad 2X de arsénico en la comida de B, su actividad es subsumible bajo el enunciado de la ley natural, siendo, por ello, componente necesario de la explicación del resultado. Y si el médico C dejó de prestarle atención a la víctima, será también causador del resultado, debido a que su conducta es componente necesario de la explicación³⁵⁰.

³⁴⁹ PUPPE, *Naturgesetze...*, p. 1149; *Problemas...*, p. 223; NK, vor § 13/85a.

³⁵⁰ El lector no se asuste en caso tenga dificultades en comprender lo que está siendo explicado en este párrafo, ya que, a pesar de los esfuerzos que realicé para hacerlo comprensivo, no deja de ser un tema demasiado complejo. La teoría de la causalidad de PUPPE, rigurosamente, merecería por lo menos una decena de páginas para que fuese expuesta de modo detenido. Si quedaran más dudas que certezas, hago una síntesis esquemática, y aconsejo al lector más interesado a que recurra a los escritos de la propia autora, citados en las notas al pie de página. Recomiendo, especialmente, *Kausalität: ein Versuch...*, que adopta la forma de una narrativa: un extraterrestre viene a nuestro planeta, y desea descubrir lo que entendemos por causalidad. PUPPE va, poco a poco, criticando la teoría dominante y desarrollando la suya. Otra buena exposición se encuentra en BINNS, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 79 y ss.. El razonamiento puede sintetizarse de la siguiente forma:

En primer lugar, se necesita saber lo que se desea explicar: el *resultado*, o sea, la alteración desfavorable en determinado objeto protegido por el derecho (p. ej., la muerte de B).

Después, se construye una explicación: *ley natural*, o sea, una hipótesis genérica, que contenga una condición suficiente de este orden de resultados (p. ej., la ingesta de cantidad X de arsénico sin posterior atendimiento médico, es mortal). Observaciones: la hipótesis es genérica (no puede contener individuos o conjuntos de número determinado de elementos);

El ejemplo dado tal vez deje al lector brasileño perplejo, ya que, para PUPPE, la *omisión* puede ser causa de un resultado exactamente de la misma forma que una acción. Entre nosotros, como en Alemania, se acostumbra afirmar que “de la nada, nada proviene” (*ex nihilo, nihil fit*), no pudiendo, entonces, la omisión causar algo³⁵¹. PUPPE señala que esta doctrina dominante trabaja con un concepto de causa que, desde el filósofo empirista David Hume, está abandonando en la teoría de la ciencia: el de la causa como fuerza eficiente, como energía que actúa sobre determinado objeto³⁵². No hay por qué adoptar este concepto de causa, hasta porque jamás se consiguió determinar con certeza lo que es esta misteriosa fuerza que

asimismo, es suficiente (siempre que ocurra, el resultado surgirá); y posee dos características más que no mencione arriba: es mínima (no contiene elementos superfluos, esto es, que puedan ser excluidos sin que el enunciado se torne falso – PUPPE, NK vor § 13/96a); y verdadera (según los parámetros de determinada ciencia empírica).

En una tercera etapa, ocurre la *subsunción*. Digamos que B haya entregado a A el arsénico; y que el médico C, por flojera, no lo haya atendido; y que D estuviese en casa durmiendo. B y C serán causadores del resultado; mientras que D, cuyo comportamiento ni siquiera aparece en la condición suficiente del resultado, no.

Esta construcción de PUPPE es mucho menos complicada de lo que a primera vista parece; y se muestra capaz de resolver innumerables casos frente a los cuales la doctrina tradicional se mostraba insegura, como la causalidad hipotética, alternativa y, en especial, el caso de varias explicaciones concurrentes del resultado. Sin embargo, explicar esto a fondo tomaría más de unas pocas líneas.

³⁵¹ Doctrina prácticamente unánime, en la actualidad, en Brasil: BITENCOURT, *Manual...*, p. 187; TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-Americanoo de Cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996, p. 56, que resalta el carácter hipotético, y no real, de la causalidad en la omisión. Contra, con los mismos argumentos de PUPPE, nuestro Aníbal BRUNO, *Direito penal...*, p. 334, nota al pie de página 13.

³⁵² PUPPE, *Naturgesetze...*, p. 1148; *Naturalismus...*, p. 304; *Problemas...*, p. 221; NK, vor § 13/84; *Erfolgszurechnung...*, p. 37 y ss..

parte de un objeto y actúa sobre otro³⁵³. Una vez que se defina a la causa como una condición, como un integrante necesario de una explicación suficiente del resultado, las omisiones podrán ser causas: son condiciones negativas de un resultado³⁵⁴.

Expuesta la teoría de la causalidad de PUPPE, pasamos a su teoría de la imputación. En la *creación de riesgos jurídicamente desaprobados*³⁵⁵, la autora poco difiere de la doctrina dominante, a no ser en aquellos puntos, como la disminución del riesgo, que ella resuelve en el plano ontológico, del concepto de resultado y de causalidad.

En la *realización del riesgo* hay más novedades, ya que PUPPE, siguiendo adelante en su idea de que la causa no tiene que ser una fuerza eficiente, que actúe sobre la materia, entiende que no hay nada de errado en entender al llamado nexo de antijuricidad como un verdadero *nexo causal entre la violación de deber y el resultado*³⁵⁶. Para saber si un riesgo se realizó en el resultado, se tiene que analizar si el riesgo creado por el autor es la condición necesaria para explicarlo de modo suficiente, “si aquellas características del comportamiento, que lo hacen algo prohibido, son partes necesarias de la explicación causal”.³⁵⁷ De esta forma, en las hipótesis en las que el resultado hubiese ocurrido inclusive si el autor se comportase conforme al Derecho, no habría nexo causal entre su comportamiento creador del riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado (modificación desfavorable del objeto protegido por el Derecho); sin embargo, ni si quiera es necesario preguntar por el curso causal hipotético, bastando que se analice lo que realmente ocurrió, si existe algún

³⁵³ Como la nota anterior.

³⁵⁴ Primeramente, PUPPE, *Der Erfolg...*, p. 895 y ss.; *Naturgesetze...*, pp 1148-1149; NK, vor § 13/105.

³⁵⁵ Los detalles específicos de la concepción no nos interesan por ahora; estos se encuentran, principalmente, en NK, vor § 13/142 y ss..

³⁵⁶ PUPPE, *Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung...*, pp. 661-662; *Die Beziehung...*, p. 599 y ss.; NK, vor § 13/189; *Erfolgszurechnung...*, p. 73 y ss..

³⁵⁷ Así, con toda la claridad, *Erfolgszurechnung...*, p. 76; cf., también, *Kausalität: ein Versuch...*, p. 153; NK, vor § 13/189.

nexo entre la acción violadora del cuidado objetivo y el resultado, o si esta puede ser cortada de la explicación, sin que la explicación se vuelva falsa o insuficiente.

PUPPE, sin embargo, admite la utilización de *leyes meramente probabilísticas* en el momento de explicar el resultado³⁵⁸. La autora afirma, remitiéndose a la moderna teoría de la ciencia, que en la actualidad no es más posible trabajar con leyes naturales deterministas en todos los ámbitos en los que el Derecho se ve obligado a actuar. En aquellos *ámbitos que no están estrictamente determinados*, como los que involucran decisiones humanas, procesos microfísicos y procesos microbiológicos³⁵⁹, las únicas regularidades observables siguen leyes no deterministas, pero que son probabilísticas. Aquel que proporcione una condición necesaria prevista en el enunciado de una ley probabilística no tendrá, necesariamente, determinado el resultado; sin embargo, habrá aumentado, con seguridad, la probabilidad, o, en la terminología conocida, el riesgo, de que el resultado ocurriese. P. ej., si, en una operación arriesgada, el médico comete un error, matando a su paciente, no existe alguna ley natural determinista que declare: siempre que el médico cometa el error X, el paciente morirá. Esto, porque la cantidad de factores involucrados en tal curso causal, aparentemente simple, es incalculable: nunca se sabe con seguridad como el cuerpo de cierta persona reaccionará, finalmente, a determinado tratamiento, inclusive factores psíquicos (el pensamiento positivo del paciente) y el comportamiento de terceros (la asistencia

³⁵⁸ Cf., insinuando esta posibilidad, PUPPE, *Der Erfolg...*, p. 902; *Zurechung und Wahrscheinlichkeit...*, p. 293 y ss., donde desarrolla a fondo la idea; *Beziehung...*, p. 602 y ss.; NK, vor § 13/120 y ss.; *Erfolgzurechnung...*, p. 44 y ss.; *Brauchen wir...*, p. 301 y ss..

³⁵⁹ Esta enumeración de ámbitos indeterminados se encuentra en PUPPE, NK, vor § 13/132; cf., también, la enumeración similar en *Erfolgzurechnung...*, p. 49; analizando, a profundidad, la problemática del nexo entre la institución y la decisión de practicar el hecho, tomada por el autor, PUPPE, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung...*, p. 101 y ss..

de la familia) pueden influir en el resultado final³⁶⁰. Sería erróneo trabajar, en tal ámbito no determinado, con leyes deterministas. Se acabaría siempre por excluir la responsabilidad de un médico, ya que, en un ámbito regido por leyes probabilísticas, nunca se sabe con seguridad si el comportamiento conforme al Derecho habría salvado el bien jurídico. Solo se puede verificar, eso sí, el aumento de la probabilidad de que el resultado ocurriese, esto es, el aumento del riesgo. Si el médico, al cometer el referido error, proporcionó una condición necesaria a la explicación probabilística del resultado (que podría tener el siguiente enunciado: cuando se práctica la acción X, las posibilidades de muerte aumentan en 50 %), aumentando el riesgo de su ocurrencia, el resultado le será imputado. De ese modo, para PUPPE la *teoría del aumento del riesgo* surge como resultado de su teoría de la causalidad, que admite la utilización de leyes probabilísticas en los ámbitos no estrictamente determinados.

Sin embargo, la realización del riesgo no se agota en el nexo causal entre la violación del deber (la creación del riesgo jurídicamente desaprobado) y el resultado; además, es necesario que el resultado se encuentre comprendido en el *fin de protección de la norma*. Y aquí, PUPPE presenta notable contribución, pues intenta definir lo que es esta imprecisa figura del fin de protección de la norma, yendo más allá de la doctrina dominante que acostumbra a remitir a la interpretación individual de los tipos³⁶¹. PUPPE entiende el fin de protección de la norma como la *idoneidad genérica para impedir determinada clase de cursos causales*.³⁶² Por tanto, estarán comprendidos

³⁶⁰ PUPPE, NK, vor § 13/123; PUPPE desea trabajar con explicaciones probabilísticas también en ámbitos “causalmente determinados, pero que no sean aprehendidos por los medios del conocimiento humano de modo suficientemente exacto” (*Zurechnung und Wahrscheinlichkeit...*, p. 305), casos en los que no habría violación del *in dubio pro reo*, ya que sería imposible resolver la incertezza.

³⁶¹ P. ej., SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen...*, p. 717.

³⁶² PUPPE, *Beziehung...*, p. 612; *Die adäquate Kausalität...*, p. 234-235, donde se encuentran directrices detalladas de cómo construir la clase de

en el fin de protección de la norma, todos aquellos cursos causales en los que el respeto a la norma generalmente consigue impedir. La norma que prohíbe rebasamientos peligrosos, p. ej., tiene la idoneidad para evitar todos los peligros habitualmente resultantes de esos adelantamientos peligrosos, en especial la colisión entre el vehículo que rebasa y el rebasado. Digamos, sin embargo, que el conductor del carro rebasado se asusta y sufre un ataque cardíaco. Ciertamente, el respeto a la norma en el caso concreto habría evitado el resultado; de modo que, hay nexo causal entre la violación del deber y el daño producido. No obstante, la norma conseguiría evitar el resultado solamente en este caso concreto; por lo que no tendría la idoneidad genérica para impedir cursos causales como ataques cardíacos. Si el respeto a la norma tuviera la idoneidad para impedir el resultado no en el plano macro, sino únicamente en el caso específico, en virtud de una combinación casual de factores (corazón débil, edad avanzada, etc.), el resultado se encontrará fuera del fin de protección de la norma. Queda abierto si PUPPE consiguió una definición convincente de lo que es el fin de protección de la norma; su mérito indiscutible está, sin embargo, en haber proporcionado una de las primeras definiciones precisas de lo que pueda ser, que, en especial, es empíricamente verificable, ya que para saber si la norma tiene idoneidad para impedir determinados cursos causales, basta analizar *si su atendimiento reduce, de modo significativo, la cantidad de daños*³⁶³. De modo que, en nuestro caso del ataque cardíaco, es más que claro que el respeto a la norma sobre el rebase no disminuirá, de modo significativo, además de una media docena de casos (entre los cuales se encuentra el caso concreto), la frecuencia de ataques cardíacos. Por lo tanto, el respeto a esta norma tiene idoneidad genérica, eso sí, para impedir colisiones.

cursos causales que la norma tiene idoneidad para prevenir; NK, vor § 13/216; *Erfolgzurechnung...*, p. 112, p. 118.

³⁶³ PUPPE, *Beziehung...*, p. 614; *Die adäquate Kausalität...*, p. 235; NK, vor § 13/216; *Erfolgzurechnung...*, p. 118.

PUPPE trae inclusive muchas ideas interesantes para la evaluación de comportamientos de la víctima y de terceros en su importancia para la imputación objetiva, que aquí no puedo exponer en detalle³⁶⁴; ello sin hablar de su reconstrucción de la teoría del dolo y de la imputación subjetiva (*error in persona, aberratio ictus, dolus generalis*) en estricta harmonía con la teoría de la imputación³⁶⁵. A modo de *conclusión*, cabe decir que únicamente el sistema de PUPPE, esclarecido como pocos en relación con sus presupuestos epistemológicos —ella es uno de los pocos penalistas familiarizados con la moderna filosofía del lenguaje y de la ciencia— se destaca por su originalidad, por la precisión de sus conceptos y por la consistencia de las soluciones a las que llega. Tengo, sin embargo, algunas dudas, primeramente, respecto de la posibilidad de utilización de leyes estadísticas en lugar de leyes estrictamente causales, deterministas. Es necesario ponderarse con cuidado en qué medida esto es un paso necesario, y preguntarse si no se está transformando delitos de lesión en meros delitos de peligro. En segundo lugar, a pesar de que la determinación del fin de protección de la norma me parezca uno de los puntos más interesantes de la teorización de PUPPE, es necesario reflexionar si la propuesta de FRISCH, en el sentido de abandonar por completo tal criterio, no se muestra más adecuada. Por último, una crítica a la idea de la causalidad de la violación de deber en la que PUPPE dice que, por detrás del rechazo de la doctrina dominante en entender la cuestión de la realización del riesgo como un problema de causalidad, está la ignorancia de los avances de la filosofía de la ciencia, que entiende el nexo causal como un mero nexo condicional, y no como fuerza mística que mueve un ente físico. Sin embargo, justamente, porque los conceptos jurídicos no pasan de ser “definiciones nominales”, esto es, de convenciones fijadas con

³⁶⁴ PUPPE, *Erfolgzurechnung...*, p. 129 y ss.; NK, vor § 13/150 y ss..

³⁶⁵ En especial PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992; NK, 3. Lfg., 1995, § 16/88 y ss..

vista a determinadas finalidades³⁶⁶, no hay motivo para atenerse a los conceptos de la filosofía de la ciencia, que por su parte también son definiciones nominales.

³⁶⁶ La definición nominal se opone a la definición real. Esta última, de cuño esencialista, se preocupa en reflejar la naturaleza, el ser, la esencia del objeto definido, y esta desacreditada en la moderna filosofía de la ciencia. La definición nominal, por su parte, se contenta en ser una mera fijación. Esta no se mide por los criterios de verdadero o falso, sino más bien por su utilidad / funcionalidad en relación con los fines que el constructor de la definición tiene en mente; cf. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch*, 2^a edición, Heymanns, Köln etc., 2001, p. 25 y ss..

VI

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Para concluir está ya demasiado extensa introducción, creo necesario apuntar a algunos problemas frente a los cuales la recepción de la teoría de la imputación objetiva nos coloca. Estas dificultades pueden dividirse en tres grupos: o se refieren a la teoría, en general (1); o a las peculiaridades de nuestro Derecho positivo (2); o a determinadas posiciones defendidas en la discusión nacional (3).

1. Dificultades teóricas genéricas.

a. Efectos colaterales de la teoría de la imputación objetiva

La teoría del delito es un sistema, o sea, cada parte se relaciona con el todo y todas las partes se relacionan entre sí. Por tanto, una alteración en alguna parte rápidamente repercute sobre las demás. Nos interesa, ahora, apuntar a las discusiones que vienen surgiendo en la teoría del delito a causa del nacimiento de la moderna teoría de la imputación, lo que será hecho de modo bastante sumario y rápido, solamente con el objetivo de dar una idea de lo que está ocurriendo. La exposición

que sigue tiene, por consiguiente, carácter meramente informativo; su objetivo es proporcionar una base, aún cuando precaria, para una futura discusión, y demostrar cuán necesaria se muestra tal discusión. Máxime, porque no se puede, simplemente, transferir la teoría de la imputación objetiva del tipo para el resto de la teoría del delito sin que se tomen en cuenta los diversos principios y funciones político-criminales que subyacen a cada categoría sistemática³⁶⁷.

En el plano del *tipo objetivo del delito culposo*, comienza a consolidarse la posición de que los criterios de la culpa no son nada más que los de la imputación objetiva, no habiendo más alguna necesidad de una teoría del delito culposo³⁶⁸. El *tipo objetivo del delito omisivo* todavía mantiene, predominantemente, su característica de pre-imputación objetiva. Si comparamos, p. ej., el manual de WESSELS, en su primera edición, de 1970, con la edición actual, veremos que la estructura del delito omisivo se mantuvo, en principio, idéntica desde hace 30 ediciones (resultado, omisión, causalidad, posición de garante, equivalencia de la omisión a la acción)³⁶⁹. Este diagnóstico puede ser hecho todavía con mayor razón frente a la obra de JESCHECK³⁷⁰. Parece no existir alguna diferencia substancial entre las dos exposiciones. La palabra "imputación objetiva" se encuentra en ambas ediciones, pero en el momento de tratar del antiguo problema de la causalidad de la omisión³⁷¹. Ya se observan, sin embargo, algunos esfuerzos en el sentido de reformular el tipo de los delitos omisivos a la luz de los desarrollos ocurridos en el campo del delito comisivo. Debemos destacar a FREUND, que se enorgullece de

³⁶⁷ Advertiendo contra estas tendencias, FRISCH, *La imputación...*, pp. 66-67.

³⁶⁸ Cf. las referencias anteriormente, III, 3, f.

³⁶⁹ WESSELS / BEULKE, *Strafrecht...*, § 707 y ss., y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1^a edición, C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, p. 118 y ss.

³⁷⁰ JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 613 y ss., con JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1^a edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, p. 409 y ss..

³⁷¹ En la 1^a edición, p. 411; en la actual, p. 618.

construir un tipo idéntico para la omisión y comisión³⁷²; y a JAKOBS y su escuela, en el sentido de relativizar la distinción entre acción y omisión, trabajando, especialmente, con la idea de dos órdenes de competencias, por organización y la institucional³⁷³. Aquí apúntense, también, los esfuerzos de substituir la fórmula de la *condictio sine qua non* por la teoría del aumento de riesgo³⁷⁴, o de desarrollar la figura de la injerencia (comportamiento anterior arriesgado) con base en los criterios de la imputación objetiva³⁷⁵.

En cuanto al *dolo*, se pueden observar algunas tendencias. La primera de ellas es la conclusión de que el dolo también debe dirigirse a los elementos de la imputación objetiva, que son tratados como elementos valorativos globales del hecho^{376,377}. La segunda

³⁷² P. ej., FREUND, *Strafrecht...*, § 6/49; en detalle, *Erfolgsdelikt...*, p. 51 y ss..

³⁷³ JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung...* p. 36 y ss.; en esta línea, igualmente, SANCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt...*; todavía más radical, REYES ALVARADO, *Imputación...*, p. 69: “en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión”. Sobre estas dos órdenes de competencia, que no expliqué en este trabajo, cf. mi nota al pie de página 265.

³⁷⁴ STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, en: Lackner (etc.), *Festschrift für Gallas, DeGruyter, Berlin, 1973*, p. 227 y ss., (p. 238); *Strafrecht...*, § 13/54; OTTO, *Grundkurs...*, § 9/100.

³⁷⁵ JAKOBS, *La competencia...*, p. 352 y ss.; ROXIN, *Injerencia e imputación objetiva*, en: *Nuevas formulaciones em las ciencias penales – Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 139 y ss.;

³⁷⁶ Nuestra doctrina, salvo excepciones (MAYRINK DA COSTA, *Direito penal...*, p. 552) todavía no percebió las peculiaridades de los llamados elementos valorativos globales del hecho y el especial tratamiento que deben recibir en materia de error, de modo que la palabra ni siquiera tiene significado corriente entre nosotros. Algunos ejemplos serían el “indebidamente”, en el delito de violación de correspondencia (art. 151, CP: “Abrir o acceder, indebidamente, al contenido de correspondencia cerrada, dirigida a otros”), o el “sin justa causa”, en el abandono material (art. 244, CP). Entre nosotros, cuando tales elementos ni siquiera son tematizados (como, p. ej., en JESUS, *Direito penal...*, p. 311, o en BITENCOURT, *Manual...*, p. 200, p. 339 y ss.), estos son entendidos como meros elementos norma-

opera en el sentido de la revalorización del concepto de riesgo, y de conciencia de este riesgo, para delimitar el dolo eventual y la culpa consciente: FRISCH, p. ej., define el dolo como el conocimiento del comportamiento creador del riesgo jurídicamente desaprobado³⁷⁸. Ya HERZBERG desea realizar la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente en el tipo objetivo (¡no en el subjetivo!), tomando en cuenta la cualidad del peligro creado por el autor; de modo que, la creación de un peligro “desprotegido” caracterizará el dolo eventual³⁷⁹. Cabe mencionar, finalmente, una tercera tendencia, que trabaja con la idea de la conciencia del riesgo que se realizó en el resultado para resolver los problemas de *aberratio ictus*, *error in persona* y *dolus generalis*, lo que está volviendo al término “imputación al dolo”³⁸⁰ cada vez más común.

tivos del tipo. Desde temprano, sin embargo, la doctrina alemana percibió que esos elementos, por su proximidad al juicio de ilicitud, son regidos por reglas especiales del error. Estos elementos deben escindirse en dos planos: la valoración y los presupuestos fácticos de valoración. El error sobre los presupuestos fácticos de la valoración será un error de tipo; mientras que el error sobre la valoración, un error de prohibición. En este sentido, la doctrina absolutamente dominante, desde ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin, 1970, p. 135 y ss.; en la actualidad, cf. el mismo autor, *Strafrecht...* § 10/50, § 12/94 y ss.; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 296; LENCKER, en: *Stragesetzbuch...*, *Vorbemerkungen* §§ 13 ff./66; entre nosotros, MAYRINK DA COSTA, ob. e p. cits..

³⁷⁷ Declarando expresamente que los requisitos de la imputación objetiva son elementos valorativos globales del hecho, cf. ROXIN, *Strafrecht...*, § 10/45, nota al pie de página 87; PUPPE, NK vor § 13/34.

³⁷⁸ FRISCH, *Vorsatz...*, p. 408; *Riskanter...*, p. 366.

³⁷⁹ HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, en: JuS 1986, p. 249 y ss. (pp. 254-255); el mismo autor, *Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten*, en: JuS 1987, p. 777 y ss. (p. 781); *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, en: JZ 1988, p. 573 y ss., p. 635 y ss. (p. 639).

³⁸⁰ Cf., p. ej., GOMÉZ BENÍTEZ, *Die Gefahrverwirklichung im Erfolg und die Zurechnung zum Vorsatz bei Kausalabweichungen*, en: *Internationale Dog-*

En las *causas de justificación*, se puede observar una corriente minoritaria, que, partiendo del mismo razonamiento que fundamenta la teoría de la imputación objetiva —la norma jurídica como norma de conducta— pretende analizar los presupuestos de las causas de justificación como una norma que autoriza una conducta, según una perspectiva *ex ante*³⁸¹. Otros autores, entre los cuales se destaca KUHLEN, se han esforzado en el sentido de construir una teoría de la imputación objetiva en las causas de justificación³⁸². Cabe también referirse a WOLTER, para el cual, de manera análoga a los tipos, que son estructurados con base en principio de riesgo (chance de lesión), las causas de justificación deben estructurarse con base en un “principio de chance de salvación”³⁸³.

matik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 25 y ss. (hay una versión española, en: Gimbernat etc. (ed.), *Omision e imputación objetiva em derecho penal*, Servicio de Publicaciones – Facultad de Derecho, Madrid, 1994, p. 91 y ss.); FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 571 y ss.; ROXIN, *Strafrecht...*, § 12/140 y ss., y *Gedanken zum „Dolus Generalis“*, en: Herren etc. (eds.), *Festschrift für Würtenberger*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 109 y ss.; PUPPE, como la nota 365; SILVA-SANCHEZ, “*Aberratio ictus*” e imputación objetiva, en: ADPCP 1984, p. 347 y ss.; WOLTER, *Internationale Dogmatik...*, p. 14 y ss..

³⁸¹ Esa concepción parece haber sido inaugurada por el finalista ARMIN KAUFMANN, *Zum Stande...* p. 401; hoy es defendida, p. ej., por FRISCH, *Vorsatz...*, p. 424; MIR PUIG, *Función de la Pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, en: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 30 y ss., (p. 78); WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung...*, p. 38, detalladamente en p. 137 y ss..

³⁸² KUHLEN, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin-New York, 2001, p. 331 y ss.. Sobre este estudio, cf. las también sucintas, pero no tan sucintas, observaciones en mi *Reseña de Festschrift für Claus Roxin*, a ser publicada en breve en la RBCC.

³⁸³ WOLTER, *Internationale Dogmatik...*, p. 23.

En algunas *causas de justificación individuales*, el impacto de la teoría de imputación objetiva se hizo sentir más directamente; es el caso, en especial, del consentimiento del agraviado, el cual perdió gran campo de aplicación para las teorizaciones sobre la autopuesta en peligro, que ocurren en el seno de la teoría de la imputación³⁸⁴. Algunas veces, la teoría de la imputación objetiva ha servido para alumbrar nuevamente antiguos problemas. En el campo de la legítima defensa provocada por el agredido, menciónese a MATT³⁸⁵, que, remitiéndose al principio de la auto-responsabilidad, considera la situación como objetivamente imputable al agresor, no pudiéndose restringir al agredido que provocó la agresión alguna posibilidad de defenderse, como quiere la doctrina dominante³⁸⁶. Obsérvese, en este contexto, también el trabajo de AMELUNG, que pretende recurrir a los principios de la imputación objetiva para atribuir al autor la responsabilidad cuando se esté delante de un vicio de la voluntad (error, dolo, coacción) en el consentimiento³⁸⁷.

La *culpabilidad*, ya tan separada de la teoría del tipo, siente con menor intensidad la influencia de la teoría de la imputación³⁸⁸, que aún así se hace sentir, especialmente en la problemática de la *actio libera in causa*, que pasa a ser analizada, por algunos, a través de la

³⁸⁴ Sobre la evaluación jurídico-penal de los comportamientos de la víctima fuera del paradigma del consentimiento, cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 145 y ss.; COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 271 y ss..

³⁸⁵ MATT, *Eigenverantwortlichkeit und Subjektives Recht im Notwehrrecht*, en: NStZ 1993, p. 271 y ss..

³⁸⁶ También sobre la cuestión de las provocaciones como problema de imputación, cf. LUZÓN, *Actio illicita in causa und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provocation von Rechtsfertigungsgründen*, en: Jahrbuch für Recht und Ethik, vol. 2, (1994), p. 353 y ss..

³⁸⁷ AMELUNG, *Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem*, en: ZStW 109 (1997), p. 490 y ss. (pp. 512-514).

³⁸⁸ Pero no del funcionalismo; sobre la funcionalización de la culpabilidad, con referencias, GRECO, *Introdução...*, p. 152 y ss..

pregunta en cuanto a en qué medida el acto practicado en estado de no-culpabilidad puede imputarse al sujeto. Para JAKOBS, p. ej., la *actio libera in causa* no es nada más que un caso de autoría mediata, la cual, por su parte, no pasa de una forma de imputación objetiva³⁸⁹.

En el plano de la autoría y de la participación, hubo, es cierto, intentos, como el de BLOY, de comprender las diversas modalidades de contribución para el hecho (autoría, complicidad, instigación) como formas de imputación³⁹⁰, mereciendo destaque igualmente los esfuerzos de JAKOBS y su escuela, en idéntico sentido³⁹¹. Estas tentativas no conseguirían alterar la idea del dominio del hecho como *tópico* dominante en este campo³⁹², de modo que la doctrina debe desarrollarse en el sentido de complementar la visión tradicional con los nuevos conceptos de la imputación objetiva. Es lo que hace, p. ej., ROXIN, al redefinir el auxilio (o complicidad) como “aumento jurídicamente desaprobado del riesgo, causador del resultado”³⁹³. Asimismo, el problema más discutido en la complicidad actualmente

³⁸⁹ JAKOBS, *Die sogenannte actio libera in causa*, en: Eser (ed.), *Festschrift für Nishihara*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 105 y ss., (p. 120); cf., también, SCHILD, *Die Straftat als „actio libera in causa“*, en: Schmoller (ed.), *Festschrift für Triffterer*, Springer, Wien / New York, 1996, p. 203 y ss., que analiza el problema de la *actio libera in causa* como un problema de imputación.

³⁹⁰ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 293 y ss..

³⁹¹ JAKOBS, *Akzessorietät...; Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, en: GA 1997, 553 y ss.; LESCH, *Die Begründung miträterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, en: ZStW 105 (1993), p. 271 y ss. (p. 281).

³⁹² Aquí, todavía es decisiva la influencia de la obra ROXIN, *Täterschaft...*, ya en la séptima edición.

³⁹³ ROXIN, *Was ist Beihilfe?*, en: Kühne (ed.), *Festschrift für Miyazawa*, Nomos, Bade-Baden, 1995, p. 501 y ss., (p. 501 – hay traducción para el español, de Abanto Vásquez, en: ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, Edersa, Lima, 1998, p. 403 y ss.).

es el de las llamadas acciones socialmente neutras³⁹⁴: p. ej., ¿en qué medida un banco que realiza movimientos financieros absolutamente rutinarios puede ser responsabilizado por ayudar a alguien a evadir impuestos?

La *teoría de la tentativa* ha sufrido una alteración fundamental, especialmente en lo que se refiere a la tentativa inidónea, que deja de ser el prototipo de tentativa, para convertirse en un fenómeno excepcional y contingente, ya que es un injusto en el cual no existe creación de riesgo objetivo³⁹⁵. HIRSCH, en el estudio ya anteriormente mencionado (IV, 4, d), llega al punto de negar la posibilidad de que se castiguen tentativas que no generen un peligro *ex ante*³⁹⁶. En lo que resta, a pesar de algunos esfuerzos en el sentido de fijar el inicio de la ejecución con base en la idea de riesgo no permitido, como el de KRATZSCH, que entiende la tentativa como un delito de peligro abstracto, fijando el inicio de la ejecución en el momento del peligro estadístico, del riesgo jurídicamente desaprobado³⁹⁷, y VEHLING, que intenta fijar el inicio de la ejecución a partir del momento en el que el autor viola su rol social³⁹⁸, las teorías específicas desarrolladas en este ámbito consiguieron mantenerse firmes. Obsérvense, igual-

³⁹⁴ Cf., p. ej., NIEDERMAIER, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, en ZStW 107 (1995), p. 507 y ss.; ROXIN, *Was ist...*, p. 512 y ss.; WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Beck, München, 1996; JAKOBS, *Akzessorietät...*, p. 260 y ss.; ROGAT, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., 1997; OTTO, „*Vorgeleistete Stravereitelung*“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, en: Eser etc. (eds.), *Festschrift für Lenckner*, Beck, München, 1998, p. 193 y ss., (p. 200 y ss.).

³⁹⁵ Tratando a la tentativa inidónea como excepción, p. ej., RUDOLPHI, *Der Zweck...*, p. 82; FRISCH, *Vorsatz...*, p. 86 y ss., e *Tatbestandsmäßiges Verhalten...*, p. 42.

³⁹⁶ HIRSCH, *Untauglicher Versuch...* p. 718.

³⁹⁷ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 436 y ss..

³⁹⁸ VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Peter Lang, Frankfurt a. M. etc., 1991, p. 126 y ss., p. 135 y ss..

mente, las iniciativas de trabajar con la idea de riesgo también en el ámbito del desistimiento de la tentativa y del arrepentimiento eficaz: JÄGER ve en el desistimiento y en el arrepentimiento una “inversión imputable del peligro” creado por el autor de la tentativa³⁹⁹.

Y, para concluir, la *parte especial* se muestra como un campo especialmente fértil y aún inexplorado por la teoría de la imputación, que fue construida tomando como paradigma los delitos de homicidio y de lesiones corporales. Muchos de los problemas que antes eran analizados exclusivamente en la parte especial comienzan a ser entendidos como problemas de imputación objetiva. P. ej., HERZBERG intenta aplicar los principios de la imputación objetiva al delito de denuncia calumniosa, resolviendo en el plano objetivo problemas que inclusive el legislador había pensado solamente conseguir resolver en el subjetivo, a través de la no punición del dolor eventual⁴⁰⁰; y RENGIER, se esfuerza en el sentido de reinterpretar varios problemas antiguos de la parte especial – p. ej., la calificación de la disputa por el resultado muerte, o el de la víctima que desconfía del fraude de quien cometerá estelionato, pero aun así realiza la disposición patrimonial – como problemas generales de imputación objetiva⁴⁰¹.

b. Conceptos indeterminados

Un problema obvio que la teoría de la imputación representa, especialmente para nosotros, que la estamos recepcionado ahora, después de 30 años de discusiones, es el uso de conceptos poco determinados. Debemos tener especial cuidado con dos de ellos: el riesgo jurídica-

³⁹⁹ JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, Beck, München, 1996, p. 64.

⁴⁰⁰ HERZBERG, *Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger*, en: JR 1986, p. 6 y ss.

⁴⁰¹ RENGIER, *Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin-New York, 2001, p. 811 y ss. (pp. 816-817, sobre la disputa, y p. 821 y ss., sobre el estelionato en caso de duda de la víctima).

mente desaprobado / permitido, y el fin de protección de la norma. Es completamente erróneo utilizar tales criterios como fórmulas mágicas para legitimar cualquier decisión y evitar cumplir el deber de fundamentarla de modo racional. Un riesgo no es jurídicamente aprobado o desaprobado y punto final; es aprobado o desaprobado en relación con cierto bien jurídico, en virtud de una ponderación de intereses que toma en cuenta determinados puntos de vista (normas jurídicas y técnicas, figura del hombre prudente, principio de confianza⁴⁰²), los cuales deben ser, absolutamente, explicitados y fundamentados por aquel que desea aplicar el *tópico* indeterminada. Lo mismo se debe decir del fin de protección de la norma: es siempre necesario señalar a qué norma se está haciendo referencia, qué especies de bienes jurídicos tiene por objetivo proteger y qué cursos causales quiere impedir. Siempre que sea posible, se debe buscar un grupo de casos más concreto, menos indeterminado, que sea capaz de resolver el problema con seguridad. Por ejemplo, si el principio de confianza es un subgrupo, una concretización, del riesgo permitido, se debe preferir la aplicación de aquel frente a la de este⁴⁰³.

⁴⁰² Cf. anteriormente, nota IV, 3, a.

⁴⁰³ Un ejemplo de este defecto argumentativo se encuentra en JESUS, *Imputração objetiva e causa superveniente...*, p. 54: dos hombres llevaban, en el automóvil, a una menor embriagada al hotel de la autopista Presidente Dutra. En el trayecto, ella quiso librarse de ellos. Cuando detuvieron el carro, ella escapó. Ellos la persiguieron. Y ella intentó atravesar la autopista, pero fue atropellada por un camión, que la mató. JESUS excluye la imputación de la muerte, argumentando: “el resultado no se encontraba en el ámbito de protección de las normas referentes a los bienes jurídicos que pretendían afectar (libertad de tránsito, libertad sexual, etc.)”. La conducta de perseguir a alguien – todavía menor, no autoresponsable – cerca de una autopista crea un riesgo, objetivamente *ex ante*, para la vida de la perseguida, riesgo que, según una ponderación de intereses, no tiene por qué ser permitido, cuestión desapercibida por JESUS. Para este autor, la vida de la víctima no era objeto de protección de las normas penales en aquel instante.

Tales soluciones erróneas abundarán entre nosotros si no nos acostumbramos a argumentar calmadamente, dispensando de fórmulas mágicas supuestamente capaces de solucionar todo.

Si no nos atenemos a estas exigencias mínimas de una fundamentación dotada de racionalidad, la recepción de la teoría de la imputación objetiva no representará el menor beneficio de justicia o seguridad, sino el mayor desastre de la historia de nuestro Derecho Penal.

c. Subsunción en un grupo de casos erróneo

Otro problema que puede constantemente surgir en el momento de la aplicación de los nuevos conceptos de la teoría de la imputación objetiva es la subsunción en un grupo de casos equivocado. Somos especialmente susceptibles de cometer este tipo de errores, hasta inclusive, porque el razonamiento con base en el grupo de casos es algo que poco conocemos. Muchos de estos grupos parecen bastante próximos, lo que incrementa la probabilidad de la confusión. Imagínese, p. ej., la siguiente hipótesis: B está dirigiéndose al aeropuerto para tomar un avión. A, con intención de herirlo, le dispara un tiro en la pierna, que le impide a B embarcar. Posteriormente, el avión cae, matando a cada uno de los más de 200 pasajeros. Si subsumimos el caso en la disminución del riesgo⁴⁰⁴, llegaremos a la espantosa solución de que A estará exento de pena. Sin embargo, esta subsunción sería errónea, porque A no ha disminuido un riesgo preexistente (el de morir en una caída de avión, que en aquel instante ni siquiera existía). No obstante, lo que A sí realizó fue substituir un riesgo todavía inexistente por un riesgo no permitido (el de sufrir lesiones en virtud de un disparo)⁴⁰⁵. Si subsumimos el caso en el grupo de los comportamientos alternativos conforme al Derecho⁴⁰⁶, se podrá, a lo mucho, punir por tentativa: al fin y al cabo, el autor no aumentó el

⁴⁰⁴ Sobre la disminución del riesgo, más adelante, ROXIN, *Funcionalismo..., § 11/47 y ss..*

⁴⁰⁵ La disminución del riesgo presupone la reducción de un peligro preexistente, estando excluida si el peligro fuera substituido por otro; así, ROXIN, *Funcionalismo..., § 11/48.*

⁴⁰⁶ Al respecto, cf. luego más ROXIN, *Funcionalismo..., § 11/76 y ss..*

riesgo de muerte. No obstante, en rigor, se trata de un problema de cursos causales hipotéticos, en el que el autor substituye la causalidad natural por un riesgo que él mismo creó⁴⁰⁷, y que, según la mejor posición, en nada altera la imputación⁴⁰⁸.

Por eso, es necesario un especial cuidado frente a la configuración fenomenológica, a las descripciones que subyacen a cada grupo de casos y que lo caracterizan. El hecho concreto debe ser comparado, meticulosamente, a estas descripciones. Será recomendable analizarse más de un grupo de casos posible, más de un candidato, antes de subsumirse. Aquí, más que nunca, la prisa se muestra como una enemiga de la perfección.

d. Argumentos de autoridad

Uno de los objetivos de esta introducción fue presentar modelos alternativos de imputación, diversos de aquel construido por el autor cuyas teoría traduce. La lectura sumaria de esos modelos debe haber sido esclarecedora, al menos en cuanto a un aspecto: el de la ausencia

⁴⁰⁷ Para la caracterización y tratamiento de este grupo de casos, cf. más adelante, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/56.

⁴⁰⁸ Otros varios ejemplos de esa prisa argumentativa, que necesitamos evitar, se encuentran en el escrito de PAGLIUCA, *A imputação...*, p. 17: el autor menciona el caso en el que la víctima, severamente enferma, incrédula de los tratamientos tradicionales, busca un curandero, que le aconseja suspender el tratamiento médico y tomar solo agua. La víctima fallece. El autor argumenta que “hubo lo que, en la imputación objetiva, se llama incremento del riesgo”, de manera que el curandero “responde por homicidio”. Otros puntos de vista posiblemente relevantes, en especial referentes a los conocimientos de la víctima sobre el peligro a que se sometía, o de su capacidad mental, ni siquiera son mencionados. Me parece que, si no se puede considerar que la víctima posee una enfermedad mental, y que tampoco tuviera su capacidad de discernimiento alterada de modo relevante (leáse: en la forma del art. 26, CP), y que posee conocimientos de los riesgos inherentes a los tratamientos no-convencionales, no hay por qué imputar el resultado al curandero, (en virtud de tratarse de una contribución a una autopuesta en peligro).

de consenso en relación con varias cuestiones fundamentales. Y, si ni siquiera los más grandes especialistas en el asunto llegan a una conclusión definitiva, se vuelve necesaria una nueva cautela: los aplicadores de la teoría de la imputación objetiva no podrán contentarse en decir: “como enseña el maestro alemán, Claus ROXIN, esto es aquello”, o, “según la exquisita lección de Günther JAKOBS, aquello es lo otro”⁴⁰⁹. Siempre habrá un autor o un grupo de autores igualmente respetables sustentando una opinión contraria, de modo que el acto de apelar a la autoridad de alguno de ellos se torna insuficiente para comprobar que el argumento está correcto.

Donde las autoridades no se entienden, el argumento de autoridad pierde su fuerza; de modo que, su lugar debe ser ocupado por la argumentación, por el debate, por el diálogo, que, para no ser acusados de ciegos, necesitan partir de un conocimiento fundado en las principales opiniones existentes en la doctrina al respecto de cada problema. Solo el conocimiento de las diversas opiniones y de sus argumentos permite una discusión racional y la elección de aquella que, realmente, se muestre como la más justa y político-criminalmente acertada. Bajo este aspecto, la recepción de la moderna teoría de la imputación objetiva se muestra como una gran oportunidad, pero al mismo tiempo como un enorme desafío para nuestra Ciencia del Derecho Penal. Un desafío, pues si, hasta ahora, siempre partimos de posiciones dogmáticas relativamente hegemónicas – la construcción técnico-jurídica de HUNGRIA, basada especialmente en los italianos (MANZINI, ROCCO), después el finalismo, aceptado por casi todos los manuales – *tendremos, hacia adelante, que acostumbranos al fin de las hegemonías, a la coexistencia de varios paradigmas, de varios puntos de partida y de varias soluciones*. La imputación objetiva desorienta, porque puede ser entendida como una manifestación, en el plano del Derecho Penal, de uno de los fenómenos más interesantes no solo del Derecho, sino también del mundo en que vivimos actualmente:

⁴⁰⁹ También criticando los argumentos de autoridad, que, según él, serían una costumbre de los aplicadores brasileños del Derecho, CHAVES CAMARGO, *Imputação objetiva...*, presentación.

el pluralismo. Y es justamente por ese motivo que también es una gran oportunidad.

2. Peculiaridades de nuestro Derecho positivo

La imputación objetiva surgió en un ordenamiento jurídico en el cual no existen ciertos dispositivos que, entre nosotros, son tradicionales. El Código Penal alemán nada dispone sobre la causalidad y tampoco castiga la participación en el suicidio. Surge, entonces, la siguiente pregunta: ¿de qué manera nuestro artículo 13, que consagra la fórmula de la *condictio sine qua non*, y el art. 13, § 1º pueden impedir o influenciar en la recepción de la teoría? ¿Y la existencia del art. 122, que castiga la participación en el suicidio, puede impedir que se exima de la pena al autor en los casos de acciones autopeligrosas de la víctima?

a. el art. 13, encabezado, del CP

El art. 13, *encabezado*, dispone: “El resultado del que dependa la existencia del delito, solamente será imputable a quien fue su causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se habría producido”. La doctrina ampliamente mayoritaria lo comprende como una consagración legislativa de la fórmula de la *condictio sine qua non*⁴¹⁰. ¿Cuál es el efecto de tal dispositivo legal sobre lo que fue hasta ahora dicho al respecto de la imputación objetiva?

En rigor, ninguno. Al final, el art. 13, encabezado, trata únicamente de la relación de causalidad; de modo que, este implica la adopción de la teoría de la equivalencia de los antecedentes como teoría de la causalidad. La regulación expresa de la causalidad en el Código Penal tuvo el doble objetivo de esclarecimiento y de manifestar un claro rechazo a las llamadas teorías individualizadoras de la

⁴¹⁰ Así, ya HUNGRIA, *Comentários...*, p. 66; BRUNO, *Direito Penal...*, pp. 335-336; actualmente, por todos, QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 123.

causalidad, que distinguían causa y condición⁴¹¹. Sin embargo, el art. 13, *encabezado*, en ningún momento determina que la realización del tipo objetivo se limitará a la causalidad. Y si utiliza la palabra imputación (“el resultado solamente será *imputable* a quien fue su causa”), ello tampoco significa algún impedimento. En primer lugar, porque el legislador de 1940 no podía escoger el término imputación previendo el uso que se le daría décadas después⁴¹²; y en segundo lugar, porque aun cuando el legislador dispusiese de tales dones proféticos, este determinó que “el resultado solamente será imputable a quien fue su causa”, con lo que enunció a la causalidad como una condición *necesaria*, pero no suficiente, de la imputación.

En conclusión: el art. 13, *encabezado*, deja abiertas las vías para que sea complementada a través de una teoría de la imputación objetiva. Y esto es exactamente lo que el mismo artículo, en su párrafo 1º, parece sugerir.

b. el art. 13, § 1º, del CP

El art. 13, § 1º, al disponer que “la causa relativamente independiente sobrevenida excluirá la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; mientras que los hechos anteriores se imputarán a quien los practicó”, consagró una “excepción … a la teoría de la equivalencia”⁴¹³, una “restricción a la doctrina de la *condictio sine qua non*”⁴¹⁴,

⁴¹¹ Así, Francisco CAMPOS, *Exposição de motivos do Código Penal – Decreto-Lei 2.848, de 1940*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1941, nº 11, p. VII-VIII.

⁴¹² El legislador de 1984, en rigor, podría no solo haber previsto, sino incluso visto la teoría de la imputación objetiva, que ya había alcanzado el reconocimiento en innumerables obras doctrinarias extranjeras. Sin embargo, el hecho es que no lo hizo.

⁴¹³ HUNGRIA, *Comentários...*, p. 67; similar, JESUS, *Direito penal...*, p. 223.

⁴¹⁴ MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, vol. I, 32ª edición, Saraiva, São Paulo, 1997, n. 69, p. 122.

un “límite a la amplitud del concepto de causa”⁴¹⁵. De hecho: la importancia de este dispositivo está, justamente, en configurar el reconocimiento legislativo de la insuficiencia de la causalidad material, en los términos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para resolver el problema de la imputación objetiva. El propio legislador es quien decide limitar el alcance de la teoría de la equivalencia a través de consideraciones valorativas, con lo que admite la necesidad de un segundo orden de razonamiento, distinto de la causalidad, para que se pueda considerar a un individuo responsable por un resultado⁴¹⁶.

Basada en este dispositivo, se consolidó una doctrina dominante, que distingue varias formas de *concausas* —antecedentes, concomitantes y sobrevinientes, relativa y absolutamente independientes— e intenta resolver a partir de la combinación entre esas categorías el problema de la imputación⁴¹⁷. Una vez que se recepcione la teoría de la imputación objetiva, esta distinción entre las diversas concausas no solo se muestra de poca importancia, sino, principalmente, errónea. *De poca importancia*, porque se limita a excluir la imputación de causas sobrevinientes que, “por sí solas” —lo que, según la interpretación de la doctrina dominante, significa de modo imprevisible— produjeron el resultado, lo que es hecho con mucha mayor elegancia por la teoría de la imputación objetiva, cuyo alcance es mucho más extenso. Sin embargo, el problema principal de esta combinatoria de causas está en que *induce al error*, con las consecuencias drásticas de una responsabilidad objetiva, sin culpa, con base en el mero nexo causal. Veáse, únicamente, el juzgamiento 7 (caso de la diabetes)⁴¹⁸, anteriormente referido, en el cual se le imputó

⁴¹⁵ RÉGIS PRADO, *Curso...*, p. 166.

⁴¹⁶ Se acercan a mi evaluación, pero quedan a medio camino, aquellos autores como COSTA JR., *Nexo...*, p. 106, REALE JR., *Teoria...*, p. 180, que, apoyados, en el dispositivo comentado, concluyen que el CP ha seguido la teoría de la adecuación.

⁴¹⁷ BITENCOURT, *Manual...*, p. 181 y ss.; RÉGIS PRADO, *Curso...*, p. 166;

⁴¹⁸ Juzgado por el Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 527, (1979), pp. 361 y ss..

al denunciado el resultado muerte que surgió como consecuencia completamente imprevisible de su acción. Al final, la diabetes, aun cuando haya concurrido con la muerte, es una causa preexistente. Atento a la insuficiencia de la disciplina dada por la ley a las concausas preexistentes y concomitantes, un sector de la doctrina italiana (la cual se ve obligada a trabajar con dispositivos legales de idéntico⁴¹⁹ tenor; al final, el *Codice Penale* fue el que influenció nuestra ley) que propone extender a estas lo dispuesto sobre la causa sobreviniente⁴²⁰. Creo, sin embargo, que en lugar de intentar salvar la teoría de las concausas, sería mejor abandonarla de una vez, hasta porque la única disculpa que tendríamos para atenernos a esta —la falta de una teoría mejor— ya perdió su razón de ser.

Por tanto, se debe reconocer una *nueva función al artículo 13, § 1º, del CP*: este artículo debe dejar de ser el fundamento legal de la compleja, dispensable e injusta teoría de las concausas —la cual tiene, cuanto antes, que ser abandonada— para convertirse en *el dispositivo con base en el cual la moderna teoría de la imputación puede encontrar un punto de apoyo legislativo expreso*.

c. El art. 122, del CP

El lector verá que, para la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania, aquel que participa, auxiliando o instigando a la víctima a practicar una acción peligrosa, no puede ser punido (contribución

⁴¹⁹ Por no decir, peor; porque el legislador italiano consagró, expresamente, la irrelevancia de las concausas preexistentes y concomitantes para excluir la “causalidad” (art. 41, comma 1º; o comma 2º del referido dispositivo es la fuente de inspiración de nuestro art. 13, § 1º).

⁴²⁰ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale* (actualizado y complementado por CONTI), 10ª edición, Giuffré, Milano, 1987, n. 100, p. 216; en contra, FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale - Parte Generale*, 3ª edición, Zanichelli Editore, Bologna, 1995, p. 218, nota al pie de página 58; para un panorama de las posiciones de la doctrina italiana sobre el tema de las concausas, cf. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, en: *Digesto delle discipline penali*, vol. II, UTET, Torino, 1988, p. 119 y ss., (p. 128 y ss.).

a una autopuesta en peligro)⁴²¹. Por tanto, si A le dice a B que salte con paracaídas, y a este le gusta la idea, falleciendo luego del salto, A estará exento de la pena. Sin embargo, el principal argumento que se utiliza para fundamentar este no-castigo parece ser incompatible con nuestro Derecho positivo: se parte de la idea de que, como participar en un suicidio, en una acción dolosa de matarse, es un hecho atípico en el Derecho alemán, hacer menos que ello, participar en una acción de ponerse en peligro, no puede considerarse como una acción típica. Si no se castiga el hecho más grave, tampoco se puede castigar el menos grave⁴²². De allí, surge el siguiente problema: ¿en un ordenamiento como el brasileño, que prohíbe y castiga la participación en el suicido, deben ser castigadas las contribuciones a las autopuestas en peligro?

Entre nosotros, existe quien sustente tal posición⁴²³. Creo, sin embargo, que tal conclusión es demasiado apresurada, debido a que parte de un presupuesto tácito, no suficientemente fundamentado, esto es, que el referido argumento (llámemoslo *argumento de la participación*) es el único motivo para exigir la exención de la pena en autopuestas en peligro. Y ello no es verdad, pues son imaginables innumerables otros modelos de argumentación, p. ej., basado en el principio de la auto-responsabilidad⁴²⁴, en el consentimiento en la acción arriesgada⁴²⁵, en una organización social común entre el

⁴²¹ Sobre este grupo de casos, cf. más adelante, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/91 y ss..

⁴²² Esta argumentación se encuentra en ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/91; SCHÜNEMANN, *Fahrlässige Tötung...*, p. 62.

⁴²³ GALVÃO, *Imputação...*, p. 62 y ss.; en España, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, vol. II, 6^a edición, Tecnos, Madrid, 1999, p. 108.

⁴²⁴ Principalmente SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1986, p. 6 y ss.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Max Planck Institut, Freiburg, 1991, p. 97 y ss..

⁴²⁵ P. ej., SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert...*, p. 566; HIRSCH, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11^a edición, DeGruyter, Berlin, 1994, vor § 32/107.

autor y víctima⁴²⁶. El propio artículo 122 podría servir de base para decirse que contribuir en autopuestas en peligro es atípico, ya que el CP solo castiga la participación en el acto doloso de matarse, y no en el acto doloso o culposo de ponerse en peligro.

Además, el argumento de la participación ya comenzó a perder la popularidad entre los autores alemanes. Ya se percibió que ni si quiera es un motivo suficiente para que se exima de pena a quien participa en una autopuesta en peligro. Al final, la no punición como participe no impide que el autor sea punido como *autor* – a título de culpa⁴²⁷. Por lo tanto, inclusive en Alemania ya se percibió la necesidad de buscar modelos alternativos para fundamentar este resultado político-criminalmente deseable, de manera que la existencia o no de un dispositivo que castigue la participación en el suicidio se muestra como una cuestión absolutamente secundaria.

En síntesis: *el artículo 122 no juzga anticipadamente el tratamiento que se deba dar a la participación en autopuestas en peligro*. Su existencia únicamente nos impide de buscar en este artículo un argumento para la no-punición, argumento que, por sí solo, tampoco sería suficiente para fundamentar este resultado. Lo esencial es que no se saquen conclusiones apresuradas, sino que se estudie el asunto con cuidado y creatividad. Una especial fuente de inspiración puede ser la doctrina de países como España, Italia, Portugal y Austria, todos los cuales castigan la participación en el suicidio, debido a que están frente a un mismo problema que nosotros.

3. El debate nacional

a. ¿Es la imputación objetiva la substituta de la causalidad?

Entre nosotros, viene siendo defendida, con especial énfasis, por JESUS, la posición según la cual la imputación objetiva no se limitaría

⁴²⁶ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 287 y ss..

⁴²⁷ Por todos, FRISCH, *Tatbestandmäßiges...*, p. 6.

a complementar la relación de causalidad, sino la substituiría⁴²⁸. El referido autor, inclusive, propone la adopción de la teoría del aumento del riesgo para superar dificultades probatorias: en aquellos casos en que fuera especialmente difícil comprobar el nexo causal entre la acción y el resultado, bastaría la prueba del aumento del riesgo, para que el resultado pudiese imputarse al denunciado⁴²⁹. Esta posición es absolutamente minoritaria en la doctrina extranjera —el lector vio que ninguno de los sistemas de imputación anteriormente expuestos la sigue— aun así, no deja de contar con respetables adeptos⁴³⁰. No obstante, tal entendimiento enfrenta dos obstáculos fundamentales: el primero, de índole dogmática y político-criminal; y el segundo, de Derecho positivo. La consideración dogmática y político-criminal que impide la substitución de la causalidad por un simple “aumento del riesgo” se refiere a la propia *naturaleza de los delitos de resultado*: estos exigen, para utilizar la expresión de JAKOBS anteriormente citada, un “mínimo de naturalismo”⁴³¹, bajo pena de que se reduzcan a meros delitos de peligro. Este argumento es el que hace que la doctrina ampliamente mayoritaria continue exigiendo la causalidad conjuntamente con los requisitos de la imputación objetiva para que el tipo objetivo este configurado. Y no podemos olvidarnos del segundo argumento, una peculiaridad de nuestro Derecho positivo, que constituye una barrera infranqueable para que se relajen las exigencias de la causalidad como pre-condición de la imputación objetiva: *la positivización de la teoría de la equivalencia en el artículo 13, encabezado, del CP*. Nuestro Código Penal, al referirse expresamente a la causalidad, hizo de ella una condición necesaria (si bien no suficiente) de la imputación del resultado: “el resultado ...

⁴²⁸ JESUS, *Imputação...*, p. 23.

⁴²⁹ JESUS, *Imputação...*, p. 80: “Ese principio (del aumento del riesgo) es aplicable a las hipótesis en las que, frente a la interpretación de los tribunales brasileños, se muestra difícil determinar el nexo causal en determinados delitos ambientales.”

⁴³⁰ Cf. la nota al pie de página 182.

⁴³¹ Cf. anteriormente, nota al pie de página 281.

solamente será imputable a quien fue su causa” (el resaltado es mío). En consecuencia, la imputación de un resultado inclusive a quien no fue su causa, pero que haya aumentado el riesgo de su ocurrencia, sería una clara violación al principio de reserva legal.

Otro problema, sin embargo, se refiere a la posibilidad de utilización de leyes naturales probabilísticas, y no solo deterministas, para fundamentar el nexo causal. Esta posición, defendida por PUPPE⁴³², tiene mucho a su favor, pero igualmente genera varias reservas; una toma de posición presupondría, sin embargo, un examen más detenido del tema, que aquí no será posible realizar.

b. ¿Es la imputación objetiva la respuesta a la criminalidad moderna?

Otro punto que comúnmente encontramos en nuestra doctrina es aquel que correlaciona la imputación objetiva con la criminalidad moderna. Las nuevas formas de criminalidad exigirían nuevas figuras de imputación, puesto que las categorías tradicionales, nacidas en los sistemas anteriores, no estarían adaptadas para lidiar con los problemas nuevos⁴³³.

⁴³² Sobre la opinión de PUPPE, cf. anteriormente, V, 4; posición similar es la defendida por PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, en: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 87 y ss., para quien, más allá de los acontecimientos explicables causalmente, existen aquellos que solo se pueden explicar probabilísticamente. Las leyes deterministas solamente son aplicables en el primer ámbito; mientras que, en el segundo, deben utilizarse leyes probabilísticas.

⁴³³ Así, principalmente, CHAVES CAMARGO, *Imputação...*, apresentação (donde habla de “criminalidad difusa”), p. 186 (“criminalidad globalizada e internacional”) y p. 191 (“criminalidad de esta sociedad de riesgo”); y JESUS, *Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional*, en: Ester Kosovski / Zaffaroni (eds.), *Estudos em homenagem a João Marcello Araújo Jr.*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 129 y ss., (p. 135), para quien la imputación objetiva “ha

Para comenzar, traemos una cuestión preliminar que se refiere a la falta de precisión de la idea de “criminalidad moderna”. ¿Qué entienden los autores por este término? ¿Criminalidad organizada? ¿Delitos de computación? ¿Delitos ambientales? ¿Terrorismo? ¿Todos al mismo tiempo? ¿O combinaciones de dos en dos?

Sin embargo, aun cuando se superase esta cuestión preliminar, con cualquier respuesta, surgiría una incomodidad. Y esta incomodidad se refiere a lo siguiente: salvo algunos casos clásicos de responsabilidad por el producto (como el caso del spray de cuero, o del producto protector de madera⁴³⁴), la mayor parte de los ejemplos examinados por la teoría de la imputación objetiva se relacionan con la criminalidad que se puede calificar de casi todo, menos de moderna. A no ser que se entienda al automóvil – protagonista en significativo porcentaje de ejemplos de la imputación objetiva – como algo realmente moderno, una novedad del mundo globalizado, y no algo que existe desde hace casi un siglo. Por tanto, me parece inexacto decir que la imputación objetiva sea necesaria para lidiar con la criminalidad moderna, organizada y globalizada; la necesitamos para objetivos mucho más modestos, pero ni por ello menos importantes, como los de lidiar, de modo justo y político-criminalmente acertado, con la enorme cantidad de accidentes de tránsitos que día tras día ocurren en nuestras calles y carreteras.

Lo que hay de más problemático en tal afirmación no es, sin embargo, ni su imprecisión ni su incorrección, sino su connotación político-criminal. Al final, la palabra “criminalidad moderna” tiene solo aparentemente contenido descriptivo. Por detrás de esta

ofrecido importantes contribuciones para solucionar situaciones de gran dificultad técnica como los casos de delincuencia organizada”. Es curioso que ninguno de los autores dé ejemplos.

⁴³⁴ Sobre ambos casos, abajo, ROXIN, *Funcionalismo...*, § 11/16 y 17, respectivamente. Detalles en Lorenz SCHULZ, *Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materiell- und prozeßrechtliche Aspekte*, en: Lübbe (ed.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, DeGruyter, Berlin / New York, 1994, p. 41 y ss. (p. 66 y ss.).

palabra siempre está la cuestionable sugerión político-criminal de que, como se está delante del crimen organizado, de delincuentes de cuello blanco, de delitos de poderosos (*crimes of the mighty*), no es necesario atender las exigencias de garantía. La criminalidad moderna no necesita de garantías. Y, tal vez, tal idea principal sea la impulsadora de esfuerzos como los anteriormente expuestos y criticados, en el sentido de abandonar la causalidad en favor del aumento del riesgo. La criminalidad moderna solo se combate si abandonamos prejuicios como la causalidad. Tal posición no puede, sin embargo, ser aceptada. Y por una doble razón: en primer lugar, porque todavía no quedó suficientemente clara la legitimidad de este Derecho Penal de “dos velocidades”, que trata a los “poderosos” como si ellos no fuesen dotados de derechos fundamentales. Pero, en segundo lugar, porque, como anteriormente fue visto, la imputación objetiva todavía está muy lejos de tener en la “criminalidad de los poderosos” su principal campo de aplicación; y no me parece que alguien esté dispuesto a cuestionar la necesidad de que el ciudadano involucrado en un accidente de tránsito venga a ser tratado por la más garantista de las teorías de la imputación.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974;
- ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8^a edición, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1922;
- AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt a. M., 1972;
- _____, *Willensmängel bei der Einwilligung als Tazurechnungsproblem*, en: ZStW 109 (1997), p. 490 y ss.;
- ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale* (actualizado y complementado por CONTI), 10^a edición, Giuffré, Milano, 1987;
- ARAÚJO JR., João Marcello de, *Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos*, en: João Marcello Araújo Jr. (ed.), *Sistema Penal para o terceiro milênio*, Revan, Rio de Janeiro, 1991, p. 65 y ss.;
- BACIGALUPO, *Principios de derecho penal – Parte general*, 5^a edición, Akal, Madrid, 1998;
- BAHLMANN, *Rechts- und kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzauslegung und -anwendung*, Nomos, Baden-Baden, 1999;
- BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996;
- BEATER, *Generalklausel und Fallgruppen*, en: *Archiv für zivilistische Praxis* 194 (1994), p. 82 y ss.;
- BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906;

- BERNERT, *Zur Lehre von der "sozialen Adaequanz" und den "sozialadæquaten Handlungen"*, N. G. Elvert Verlag, Marburg, 1966;
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 4^a edición, Felix Meiner, Leipzig, 1922;
- BINNS, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, Nomos, Baden-Baden, 2001;
- BITENCOURT, *Erro jurídico-penal*, RT, São Paulo, 1996;
- _____, *Manual de Direito Penal*, vol. I, 6^a edición, Saraiva, São Paulo, 2000;
- BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18^a edición, Beck, München, 1983;
- BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985;
- BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a edición, Beck, München, 1987;
- BRANDÃO, Cláudio, *Teoria jurídica do crime*, Forense, Rio de Janeiro, 2001;
- BRUNO, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 3^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1967;
- BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlag, Wien, 1974;
- v. BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, L. Gebhardt's Verlag, 1873;
- _____, *I - Willensfreiheit. II - Unterlassung. III - Causalität und Theilnahme*, en: *Gerichtsaal* 56 (1899), p. 418 y ss.;
- BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“*, en: Wolter / Freund (eds.), *Straflat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 99 y ss.;
- BUSTOS RAMÍREZ, *La imputación objetiva*, en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 211 y ss.;
- BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2^a edición, Springer, Wien / New York, 1991;
- CALLEGARI, *A imputação objetiva no direito penal*, en: *RT* 764 (1999), p. 434 y ss. (también en *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 30 (2000), p. 65 y ss.);

- CAMPOS, Francisco, *Exposição de motivos do Código Penal – Decreto-Lei 2.848, de 1940*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1941;
- CANARIS, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, en: JZ 1993, p. 377 y ss.;
- CANCIO MELIÁ, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtung zur Lehre von der Sozialadäquanz*, en: GA 1995, p. 179 y ss. (versión española en: ADPCP 1993, p. 697 y ss.);
 _____, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998;
- CASTALDO, „Non intelligere, quod omnes intelligunt“. *Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, VVF, München, 1992;
- _____ , *La concreción del ‘riesgo jurídicamente relevante’*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 233 y ss.;
- CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, vol. II, 6^a edición, Tecnos, Madrid, 1999;
- CHAVES CAMARGO, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001;
 _____ , *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, en: Boletim do Ibccrim, 107, (2001), p. 7 y ss.;
- CIRINO DOS SANTOS, *O tipo dos crimes dolosos de ação*, en: Discursos sediciosos, ns. 7 y 8, (1999), p. 61 y ss.;
- _____ , *A moderna teoria do fato punível*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000;
- COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991;
- COSTA JR., *Nexo causal*, 2^a edición, Malheiros, São Paulo, 1996;
- DEGENER, *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzliche Erfolgsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 2001;
- DOTTI, *Curso de direito penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2001;
- DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001;
- D'ÁVILA, Fábio Roberto, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, RT, São Paulo, 2001;

- ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Otto Liebmann Verlag, Berlin, 1930;
- _____, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1931;
- _____, *Der finale Handlungsbegriff*, en: *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, DeGruyter, Berlin, 1944, p. 141 y ss.;
- _____, *Vom Weltbild des Juristen*, 2^a edición, Carl Winter Verlag, Heidelberg, 1965;
- ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991;
- ESER, 'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, en: Schünemann etc., *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 199 y ss.;
- FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, en: *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, UTET, Torino, 1988, p. 119 y ss.;
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale - Parte Generale*, 3^a edición, Zanichelli Editore, Bologna, 1995;
- FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a construção dogmática do fato punível*, en: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, RT, São Paulo, 1999, p. 187 y ss.;
- FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. III, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1976;
- _____, *Ein juristisches Jahrhundert*, en: *Rechtshistorisches Journal* 19 (2000), p. 560 y ss.;
- FRANK, *Über den Aufbau des Schuldweges*, Alfred Töpelmann Verlag, Giessen, 1907;
- FRAGOSO, *Lições de direito penal, Parte Geral*, 5^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1983;
- FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Heymanns, Köln etc., 1992, p. 159 y ss.;
- FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin etc., 1998;
- FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln etc., 1983;
- _____, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988;
- _____, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?*, en: JuS 1990, p. 363 y ss.;

- _____, *Selbstgefährdung im Strafrecht*, en: NStZ 1992, p. 1 y ss., p. 62 y ss.;
- _____, *Wesentliche Voraussetzungen einer moderne Strafgesetzgebung*, en: Eser etc. (eds.), *Vom totalitären zum rechtsstaatlichem Strafrecht*, Max Planck Institut, Freiburg, 1993, p. 201 y ss.;
- _____, *An den Grenzen des Strafrechts*, en: Küper / Welp (eds.), *Festschrift für Stree und Wessels*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 69 y ss.;
- _____, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995 (trad. Cancio Meliá / Reyes Alvarado);
- _____, *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo*, en: MIR / LUZÓN, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 99 y ss., (trad. Paredes Castañón);
- _____, *Straftat und Strafatsystem*, en: Wolter / Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 135 y ss.;
- _____, *Strafrechtssystem und Rechtsfindung*, en: Eser (ed.), *Festschrift für Nishihara*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 66 y ss.;
- _____, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 19 y ss.;
- _____, *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches in der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 213 y ss.;
- GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en ZStW 67 (1955), p. 1 y ss.;
- GALVÃO, Fernando, *Imputação objetiva*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2000;
- GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, Diss. Hamburg, 1962;
- _____, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, en: ZStW 111 (1999), p. 306 y ss..
- GOMES, Luiz Flávio, *Erro de tipo e erro de proibição*, 4^a edición, RT, São Paulo, 1999, p. 134 y ss..

- _____, *Teoria constitucional do delito no limiar do 3º milênio*, en: Boletim do Ibccrim. nº 93, (2000), p. 3;
- GOMÉZ BENÍTEZ, *Die Gefahrverwirklichung im Erfolg und die Zurechnung zum Vorsatz bei Kausalabweichungen*, en: *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 25 y ss. (hay versión española, en: Gimbernat etc. (ed.), *Omisión e imputación objetiva en el derecho penal*, Servicio de Publicaciones – Facultad de Derecho, Madrid, 1994, p. 91 y ss.);
- GRECO, Luís, *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 32, 2000, p. 120 y ss.;
- _____, *Resenha de Festschrift für Claus Roxin*, estudio inédito, a ser publicado en breve, en la RBCC;
- GUEDES DE PAULA, Fábio, *Prescrição penal – Prescrição funcionalista*, RT, São Paulo, 2000
- GÜNTHER, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, 7ª edición, 31. Lfg., 1999, § 32;
- HAFFKE, *Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnormen für die strafrechtliche Zurechnung*, en: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 89 y ss.;
- HARDWIG, *Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1957;
- HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edición, Beck, München, 1990;
- _____, *Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*, en: Schulz / Vornbaum (eds.), *Festschrift für Bemman*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 175 y ss.;
- HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, en: *Das Problem der Rechtsgewinnung / Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz / Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Verlag Gehlen, Bad Homburg von der Höhe etc., 1968 (original: 1932), p. 142 y ss.;
- HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4ª edición, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1955;
- HEINITZ, *Die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en: *Strafrechtliche Abhandlungen*, 211, Breslau, 1926, p. 108 y ss.;
- HENKEL, *Recht und Wert*, en: Grünwald etc. (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1975, p. 13 y ss.;

- _____, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2^a edición, Beck, München, 1977;
- HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, DeGruyter, Berlin / New York, 1972;
- _____, *Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger*, en: JR 1986, p. 6 y ss.;
- _____, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, en: JuS 1986, p. 249 y ss.;
- _____, *Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten*, en: JuS 1987, p. 777 y ss.;
- _____, *Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat*, en: JZ 1987, p. 536 y ss.;
- _____, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, en: JZ 1988, p. 573 y ss., p. 635 y ss.;
- _____, *Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt*, en: JuS 1996, p. 377 y ss. (hay traducción española, de Teresa Rodríguez Montañés, en: Luzón / Mir (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 41 y ss.);
- HILGENDORF, *Der „gesetzmäßige Zusammenhang“ im Sinne der modernen Kausallehre*, en: Jura 1995, p. 514 y ss.;
- _____, *Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“*, en: GA 1995, p. 515 y ss.;
- v. HIPPEL, Ernst, *Zur Überwindung des Naturalismus in Recht und Politik*, en: Esser / Thieme (eds.), *Festschrift für Fritz von Hippel*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1967, p. 245 y ss.;
- v. HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, Springer, Berlin, 1930, (reedición, Scientia Verlag, Aalen, 1971);
- HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en: ZStW 74 (1962), p. 78 y ss.
- _____, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, en: ZStW 94 (1982), p. 239 y ss.;
- _____, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en: *Festschrift für Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, Heymanns, Köln etc., 1988, p. 399 y ss.;

- _____, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundätzlicher Sicht*, en: Hirsch / Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 65 y ss.;
- _____, *25 Jahre Entwicklung des Strafrechts*, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland – 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, Beck, München, 1993, p. 35 y ss.;
- _____, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11^a edición, DeGruyter, Berlin, 1994, vor § 32;
- _____, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, en: Eser etc. (eds.), *Festschrift für Lencker*, Beck, München, 1998, p. 119 y ss.
- _____, *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 711 y ss.;
- HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en: Hegler (ed.), *Festgabe für Reinhardt v. Frank*, vol. I, Mohr, Tübingen, 1930, p. 174 y ss.;
- HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Verlag Otto Schmidt, Köln, 1973;
- HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992;
- HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, DeGruyter, Berlin / New York, 1976;
- _____, *Imputation*, en: Eser / Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. I, Max Planck Institut, Freiburg, 1987, p. 121 y ss.;
- HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 5^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1978;
- JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, Beck, München, 1996;
- JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, DeGruyter, Berlin, 1972;
- _____, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, en: Stratenwerth etc. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 307 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 147 y ss.);
- _____, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, en: Jescheck (ed.), *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum XI. Internationalen Kongreb für Rechtsvergleichung Teheran 1974*, Beiheft zur ZStW 86 (1974), p. 6 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia

- penal, año III, ns. 4-5, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 19 y ss., y en: *Estudios...*, p. 167 y ss.);
- _____, *Schuld und Prävention*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1976 (hay traducción española, de Suárez González, en: *Estudios...*, p. 73 y ss.);
- _____, *Regrebverbot beim Erfolgsdelikt*, en: ZStW 89 (1977), p. 1 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: *Estudios...*, p. 241 y ss.);
- _____, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en: ZStW 97 (1985) p. 751 y ss. (hay traducción española, de Peñaranda Ramos, en: *Estudios...*, p. 293 y ss.);
- _____, *Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, en: Küper (ed.), *Festschrift für Lackner*, DeGruyter, Berlin-New York, 1987, p. 53 y ss. (hay traducción española, de Suaréz González y Cancio Meliá, en: ADPCP, 1989, p. 1051 y ss., y en: *Estudios...*, p. 271 y ss.);
- _____, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, en: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln, 1989, p. 271 y ss. (hay traducción española, de Suárez González, en: *Estudios...*, p. 223 y ss.);
- _____, *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin/New York, 1991;
- _____, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck, München, 1992 (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, n.^o 1-2, (1996), p. 73 y ss., y en: *Estudios...*, p. 101 y ss.);
- _____, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, en: Kühne (ed.), *Festschrift für Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 419 y ss. (hay trad. española, de Diaz y García Conledo, en: Mir / Luzón, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 75 y ss.);
- _____, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken*, en: ZStW 107 (1995), p. 843 y ss. (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, n.^o 9 (1999), p. 19 y ss.);
- _____, *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, (trad. Cancio Meliá / Suaréz González - hay traducción brasileña de la traducción española, por Callegari, RT, São Paulo, 2000);

- _____, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996 (trad. española de Sánchez-Vera, en: ADPCP 1998, p. 835 y ss.);
- _____, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en: GA 1996, p. 253 y ss.;
- _____, *Das Schuldprinzip*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993 (hay traducción española, de Cancio Meliá, en: ADPCP 1992, p. 1051 y ss.);
- _____, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, en: *Estudios...*, p. 209 y ss. (trad. Peñaranda Ramos);
- _____, *La competencia por organización en el delito omisivo*, en: *Estudios...*, p. 347 y ss. (trad. Peñaranda Ramos);
- _____, *Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorzügliches Werkzeug*, en: GA 1997, 553 y ss.;
- _____, *Die sogenannte actio libera in causa*, en: Eser (ed.), *Festschrift für Nishihara*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 105 y ss.;
- _____, *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2^a edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1999;
- _____, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, en: Weigend / Küpper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 45 y ss.;
- _____, *La omisión: estado de la cuestión*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 129 y ss. (trad. Sanchez-Vera);
- JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1^a edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1969;
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1996;
- JESUS, Damásio de, *Direito penal – Parte Geral*, vol. I, 19^a edición, Saraiva, São Paulo, 1995;
- _____, *Imputação objetiva*, Saraiva, São Paulo, 2000;
- _____, *Imputação objetiva: o “fugu assassino” e o “carrasco frustrado”*, en: Boletim do Ibccrim, nº 86, (2000), p. 13;
- _____, *Imputação objetiva e dogmática penal*, Boletim do Ibccrim, nº 90, (2000), p. 2;

- _____, *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva*, Ibccrim nº 94, (2000), p. 3;
- _____, *Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional*, en: Ester Kosovski / Zaffaroni (eds.), *Estudos em homenagem a João Marcello Araújo Jr.*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 129 y ss.;
- _____, *Imputação objetiva e causa superveniente*, en: Revista da Associação Paulista do Ministério Público, nº 36 (2001), p. 54 y ss.;
- KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammengangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990;
- KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Cram, de Gruyter & Co., Berlin, 1968;
- KARGL, *Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?*, en: GA 1999, p. 53 y ss.;
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1954;
- _____, *Das fahrlässige Delikt*, en: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 5 (1964), p. 41 y ss.
- _____, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en: Stratenwerth etc. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 393 y ss.;
- _____, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª edición, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1988;
- _____, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, en: Vogler / Hermann (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 251 y ss. (hay traducción española, de Joaquín Cuello, en: ADPCP, 1985, p. 807 y ss.);
- _____, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en: Jescheck etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Seibundo Verlag, Tokio, 1985, p. 100 y ss.;
- KAUFMANN, Arthur, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en: Art. Kaufmann / W. Hassemer, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6a edición, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 30 y ss.;
- KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, en: GA 1994, p. 197 y ss.;

- KÖHLER, *Der Begriff der Zurechnung*, en: Weigend / Küper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 65 y ss.;
- KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985;
- KRAUB, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, en: ZStW 76 (1964), p. 19 y ss.;
- v. KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte*, en: ZStW 9 (1888), p. 528 y ss.;
- KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C. F. Müller, Heidelberg, 1989;
- _____, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, en: Schüemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin-New York, 2001, p. 331 y ss.;
- KÜPER, *Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch*, en: GA 1987, p. 479 y ss.;
- KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990;
- LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 24^a edición, Beck, München, 2001;
- LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpresión de la edición de 1927, Scientia, Aalen, 1970;
- _____, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsfortbildung*, en: *Festschrift für Nikisch*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1958, p. 275 y ss.;
- _____, *Methodische Aspekte der "Güterabwägung"*, en: Hauss / Schmidt, *Festschrift für Klingmüller*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1974, p. 235 y ss.;
- _____, *Grundformen wertorientierten Denkens in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift für Wilburg*, Leykam Verlag, Graz, 1975, p. 217 y ss.;
- _____, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^a edición, Springer, Berlin etc., 1991 (hay traducción portuguesa, de José Lamego, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997);
- LARENZ / CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^a edición, Springer, Berlin etc., 1995;
- LARENZ / WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8^a edición, Beck, München, 1997;

- LARRAURI, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n. 41, 1988, p. 715 y ss.;
- LENCKNER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26^a edición, Beck, München, 2001;
- LESCH, *Die Begründung mitäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, en: ZStW 105 (1993), p. 271 y ss.;
- _____, *Zur Einführung in das Strafrecht: über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens*, en: JA 1994, p. 510 y ss., p. 590 y ss.;
- _____, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln etc., 1999;
- LIEPMANN, *Zur Lehre von der adäquaten Verursachung*, en: GA 1905, p. 326 y ss.;
- LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21^a y 22^a edición, DeGruyter, Berlin y Leipzig, 1919;
- LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3^a edición, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987;
- LUISI, Luiz, *Notas sobre a filosofia jurídica dos valores*, en: *Filosofia do Direito*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 41 y ss.;
- LUZÓN, *Actio illicita in causa und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provocation von Rechtsfertigungsgründen*, en: Jahrbuch für Recht und Ethik, vol. 2, (1994), p. 353 y ss. (hay versión española, en: Silva-Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 243 y ss.);
- _____, *Curso de derecho penal, Parte General*, vol. I, Editorial Universitas, Madrid, 1996;
- MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1953;
- _____, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, en: ZStW 70 (1958), p. 160 ss.;
- _____, *Der soziale Handlungsbegriff*, en: Bockelmann / Gallas (eds.), *Festschrift für Eb. Schmidt*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961;
- MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, vol. I, 32^a edición, Saraiva, São Paulo, 1997;
- MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992;

- MATT, *Eigenverantwortlichkeit und Subjektives Recht im Notwehrrecht*, en: NStZ 1993, p. 271 y ss.;
- MAURACH, *Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?*, en GA 1960, p. 97 y ss.;
- _____, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4^a edición, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 203 y ss.;
- MAURACH / ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 8^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1992;
- MAYER, Hellmuth, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Ferdinand Ente Verlag, Stuttgart, 1936;
- MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, 2^a edición, Forense, Rio de Janeiro, 1988;
- MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1997;
- MESTIERI, *Manual de direito penal*, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1999;
- MEZGER, *Die subjektiven Unrechtslemente*, en: *Gerichtssaal* 89 (1924), p. 207 y ss.;
- _____, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3^a edición, Duncker & Humblot, Berlin & München, 1949;
- _____, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1950;
- _____, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, trad. Rodriguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955;
- MEZGER-BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 15^a edición, Beck, München, 1973;
- MIR PUIG, *Función de la Pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, en: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 30 y ss.;
- _____, *Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtstaates*, en: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2, (1994), p. 225 y ss.;
- _____, *Derecho penal, Parte General*, 5^a edición, Reppertor, Barcelona, 1998;
- MÖRDER, *Die soziale Adäquanz im Strafrecht*, Diss. Saarbrücken, 1960;
- MUÑOZ CONDE, en: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *Derecho penal - Parte General*, 3^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998;

- NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en: *Festschrift für Binding*, vol. II, Wilhelm Engelmann Verlag, Leipzig, 1911, p. 273 y ss.;
- NAUCKE, *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts*, en: Hassemer / Lüderssen / Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, p. 1 y ss.;
- NEUMANN, *Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung*, en: GA 1985, p. 389 y ss.;
- _____, *Der Verbotsirrtum* (§ 17 StGB), en: JuS 1993, p. 793 y ss.;
- NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1951;
- OTTO, *Kausadiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, en: Schroeder / Zipf (eds.), *Festschrift für Maurach*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 91 y ss.;
- _____, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, en: JuS 1974, p. 702 y ss.;
- _____, *Kausalität und Zurechnung*, en: Zaczek etc. (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Springer, Berlin etc., 1998, p. 395 y ss.;
- _____, „*Vorgeleistete Stravereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe*, en: Eser etc. (eds.), *Festschrift für Lenckner*, Beck, München, 1998, p. 193 y ss.;
- _____, *Grundkurs Strafrecht*, 6^a edición, DeGruyter, Berlin / New York, 2000;
- OTTO / BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, en: Jura 1985, p. 530 y ss., p. 592 y ss.;
- PAGLIUCA, José Carlos, *A imputação objetiva é real*, en: Boletim do Ibc-crim, 101, (2001), p. 16;
- _____, *Breve enfoque sobre a imputação objetiva*, en: Revista da Associação Paulista do Ministério Público, nº 37 (2001), p. 44 y ss.;
- PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 3^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1999;
- _____, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2^a edición, C. F. Müller, 2000;
- PASCHER, *Einführung in den Neukantismus*, W. Fink Verlag, München, 1997;

- PEÑARANDA RAMOS / SUARÉZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ,
Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, en:
JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 17 y ss.;
- PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, en: *Nuevas formulaciones em las ciencias penales – Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 87 y ss.;
- PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 14^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1998;
- PREU^b, *Untersuchung zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974;
- PRITTWITZ, *Die Ansteckungsgefahr bei Aids*, en: JA 1988, p. 427 y ss.;
- _____, *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Fraknfurt a. M., 1993;
- PUPPE, *Der Erfolg in seiner kausalen Erklärung im Strafrecht*, en: ZStW 92 (1980), p. 863 y ss.;
- _____, *Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung – BGH, NJW* 1982, 292, en: JuS 1982, p. 660 y ss.;
- _____, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit – Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips*, en: ZStW 95 (1983), p. 287 y ss.;
- _____, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, en: GA 1984, p. 101 y ss.;
- _____, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en: ZStW 99 (1987), p. 595 y ss.;
- _____, *Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken*, en: ZStrR 107 (1990), p. 141 y ss. (hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: ADPCP, 1992, p. 681 y ss.);
- _____, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992;
- _____, *Naturgesetze vor Gericht*, en: JZ 1994, p. 1147 y ss.;
- _____, *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, en: GA 1994, p. 297 y ss.;
- _____, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Lfg., Baden-Baden, Nomos, 1995, § 16;
- _____, *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, en: MIR / LUZÓN, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 315 y ss. (trad. Cardenal Montraveta);

- _____, *Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*, en: Schulz / Vornbaum, *Festschrift für Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 227 y ss.;
- _____, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung, dargestellt na Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. I. Die Kausalität*, en: Jura 1997, p. 408 y ss.; *II. Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, auch Rechtswidrigkeitszusammenhang genannt*, en: Jura 1997, p. 513 y ss.; *III. Der Schutzzweck der Norm und seine Ermittlung*, en: Jura 1997, p. 624 y ss.; *IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten*, en: Jura 1998, p. 21 y ss.;
- _____, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Lfg., Baden-Baden, Nomos, 1998, vor § 13;
- _____, *Strafrecht als Kommunikation*, en: Samson etc. (eds.), *Festschrift für Grünwald*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 469 y ss.;
- _____, *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000 (parcialmente traducido para el español, por Percy García Cavero: *La imputación objetiva*, Comares, Granada, 2001);
- _____, *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin – New York, 2001, p. 289 y ss.
- QUEIROZ, Paulo, *Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito*, en: Lélio Calhau (ed.), *Estudos Jurídicos - Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*, Minas Gerais, 2000, p. 36 y ss.;
- _____, *Funções do direito penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001;
- _____, *Direito Penal – Introdução crítica*, Saraiva, São Paulo, 2001;
- _____, *A teoria da imputação objetiva*, en: Boletim Ibccrim 103, (2001), p. 6 y ss.;
- RADBACH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902;
- _____, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, reedición de 1967 de la obra 1904;
- _____, *Rechtsphilosophie*, republicado de la 3^a edición, de 1932, C. F. Müller, Heidelberg, 1999 (hay traducción portuguesa, de Cabral de Moncada, 6^a edición, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1997);
- REALE JR., *Teoria do delito*, RT, São Paulo, 1998;
- RÉGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999;

- RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Mohr, Tübingen, 1986;
- _____, *Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin-New York, 2001, p. 811 y ss.;
- REYES ALVARADO, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, en: ZStW 105 (1993), p. 108 y ss. (el original, en español, fue publicado en ADPCP 1992, p. 933 y ss.);
- _____, *Imputación objetiva*, 2^a edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996;
- ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969;
- ROGAT, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., 1997;
- ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en: ZStW 74 (1962), p. 411 y ss.; estudio traducido para el portugués, por Ana Paula Natscheradetz, en: ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 235 y ss.;
- _____, *Sentido e limites da pena estatal*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, (trad. Ana Paula Natscheradetz), p. 15 y ss. (originalmente publicado en JuS 1966, p. 377 y ss.);
- _____, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, en: Art. Kaufmann (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, p. 260 y ss.;
- _____, *Franz v. Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, trad. Ana Paula Natscheradetz, Vega, Lisboa, 1993, p. 49 y ss.;
- _____, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, DeGruyter, Berlin, 1972, p. 123 y ss.; publicado originalmente en *Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1970, 1970, p. 133, y traducido para el portugués, por Ana Paula Natscheradetz, en el libro *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, 145 ss.;
- _____, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin, 1970;

- _____, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en: Lackner etc. (eds.), *Festschrift für Gallas*, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 241 y ss.; estudio traducido para el portugués, por Ana Paula Natscheradetz, en: ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 273 y ss.;
- _____, *Gedanken zum „Dolus Generalis“*, en: Herren etc. (eds.), *Festschrift für Würtenberger*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 109 y ss.;
- _____, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2^a edición, DeGruyter, Berlin, 1973; traducción para el portugués, de Luís Greco, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000;
- _____, *Resolução do facto e começo da execução na tentativa*, en: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2^a edición, Vega Universidade, Lisboa, 1993 (trad. Maria Fernanda Palma), p. 295 y ss.;
- _____, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, en: Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug*, vol. I, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983, p. 303 y ss.;
- _____, *Finalität und objektive Zurechnung*, en: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln usw., 1989, p. 237 y ss.;
- _____, *Bemerkungen zum Regrebverbot*, en: Jescheck / Vogler (eds.), *Festschrift für Tröndle*, DeGruyter, Berlin / New York, 1989, p. 178 y ss. (hay traducción española, de Abanto Vásquez, en: ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, Edersa, Lima, 1998, p. 47 y ss., y de Sancinetti, en: Cuadernos doctrina y jurisprudencia penal, n.º 6, (1997), p. 19 y ss.);
- _____, *A teoria da imputação objetiva*, traducción, de Luís Greco, de “*Die Lehre von der objektiven Zurechnung*”, originalmente publicado en Chengchi Law Review, vol. 50, Maio 1994, (Edición especial para el Simposio Taiwanés-Alemán-Español de Derecho Penal), a ser publicada en la RBCC;
- _____, *Was ist Beihilfe?*, en: Kühne (ed.), *Festschrift für Miyazawa*, Nomos, Bade-Baden, 1995, p. 501 y ss. (hay traducción para el español, de Abanto Vásquez, en: ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, Edersa, Lima, 1998, p. 403 y ss.);
- _____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^a edición, Beck, München, 1997;
- _____, *Schuld und Schuldausschluß im Strafrecht*, en: Bemann / Spinellis (eds.), *Festschrift für Mangakis*, Sakkoulas Verlag, Athen – Komotini, 1999, p. 237 y ss.;

- _____, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a edición, DeGruyter, Berlin / New York, 2000;
- _____, *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*, en: RBCC 35, 2001, p. 13 y ss. (trad. Luís Greco);
- _____, *Injerencia e imputación objetiva*, en: *Nuevas formulaciones em las ciencias penales – Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 139 y ss.;
- _____, *Funcionalismo e imputação objetiva*, trad. Luís Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2002;
- RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt etc., 1995;
- RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch*, 2^a edición, Heymanns, Köln tc., 2001;
- RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schtuzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, en: JuS 1969, p. 549 y ss.;
- _____, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, Verlag Otto Schwarz, 1969;
- _____, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1^a edición, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1975;
- _____, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 69 y ss. (hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: Schünemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 81 y ss.);
- _____, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6^a edición, 26^a Lfg. (Junio 1997), Luchterhand, Neuwied, vor § 1;
- RÜTHERS, *Rechtstheorie*, Beck, München, 1999;
- SAMSON, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. Lfg., 5^a edición, 1989, anexo en § 16;
- _____, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1972;
- SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999;
- SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991;

- SAUER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 3^a edición alemana, de 1955, por Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956;
- SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3^a edición DeGruyter, Berlin, 1955;
- SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en: Stratenwerth etc. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 557 y ss.;
- SCHILD, *Die Straftat als „actio libera in causa“*, en: Schmoller (ed.), *Festschrift für Triffterer*, Springer, Wien / New York, 1996, p. 203 y ss.;
- SCHLÜCHTER, *Kleine Kriminologie der Fahrlässigkeitsdelikte*, en: H.-J. Albrecht etc. (eds.), *Festschrift für Günther Kaiser*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 359 y ss.;
- SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Tat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en: Grünwald etc. (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1975, p. 129 y ss.;
- _____, *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1982;
- SCHMIDT, Eb., *Der Arzt im Strafrecht*, Theodor Weicher Verlag, Leipzig, 1939;
- _____, *Soziale Handlungslehre*, en: Bockelmann etc. (eds.), *Festschrift für Engisch*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969, p. 339 y ss.;
- SCHÖNE, *Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz*, en: Hirsch etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, DeGruyter, Berlin / New York, 1986, p. 649 y ss.;
- SCHROEDER, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11^a edición, DeGruyter, Berlin / New York, 1994, § 16;
- SCHULZ, Lorenz, *Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materiell- und prozeßrechtliche Aspekte*, en: Lübbe (ed.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, DeGruyter, Berlin / New York, 1994, p. 41 y ss.;
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1986;
- SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en: JA 1975, p. 435 y ss., p. 511 y ss., p. 575 y ss., p. 647 y ss., p. 715 y ss., p. 787 y ss.;
- _____, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, en: Grünwald etc., *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1975, p. 159 y ss.;

- _____, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmittel?*, en: NStZ 1982, p. 60 y ss.;
- _____, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 1 y ss. (hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: Schünemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31 y ss.);
- _____, *Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung. Eine Zwischenbilanz*, en: Schünemann / Pfeiffer (eds.), *Die Rechtsprobleme von Aids*, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 373 y ss.
- _____, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, en: GA 1985, p. 341 y ss.;
- _____, *Über die objektive Zurechnung*, en: GA 1999, p. 207 y ss. (hay traducción española, de Mariana Koster, en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 219 y ss.);
- _____, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, en: Schünemann etc. (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin-New York, 2001, p. 1 y ss.;
- SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Verbrechenslehre seit Beling*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1957;
- SCHWINGE, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, DeGruyter, Berlin, 1939;
- SILVA FRANCO, *Um prognóstico ousado. As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010*, en: Messuti (coord.), *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*, FCU, Montevideo, 1998, p. 13 y ss.;
- _____, en: Silva Franco / Rui Stoco, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 7^a edición, RT, São Paulo, 2001;
- SILVA-SANCHEZ, "Aberratio ictus" e imputación objetiva, en: ADPCP 1984, p. 347 y ss.;
- _____, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992;
- SOUZA COSTA, Rodrigo de, *Algumas críticas ao conceito de incremento de risco*, en: Boletim do Ibccrim 108 (2001), p. 14 y ss.;
- STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, en: Lackner (etc.), *Festschrift für Gallas*, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 227 y ss.;

- _____, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en: Vogler / Hermann (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 285 y ss.;
- _____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a edición, Carl Heymanns, Köln etc., 2000;
- STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, en: GA 1987, p. 97 y ss.;
- SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, en: JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, p. 21 y ss.;
- SUAREZ MONTES, *Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?*, en: Stratenwerth etc. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 379 y ss.;
- TAVARES, Juarez, *Direito penal da negligência*, RT, São Paulo, 1985;
- _____, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-Americanano de Cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996;
- _____, *Teoria do injusto penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000;
- TIEDEMANN, *Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, en: Arzt etc. (eds.), *Festschrift für Baumann*, Giesecking, Bielefeld, 1992, p. 12 y ss.;
- TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992;
- TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Lippert & Co., Naumburg, 1904;
- TRIFFTERER, *Die "objektive Voraussehrbarkeit" (des Erfolgs und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, en: Art. Kaufmann etc. (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 1979, p. 201 y ss.;
- VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Peter Lang, Frankfurt a. M. etc., 1991;
- WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Max Planck Institut, Freiburg, 1991;
- WEBER, Ralph, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklausel durch Fallgruppen*, en: *Archiv für zivilistische Praxis* 192 (1992), p. 516 y ss.;
- WELZEL, *Kausalität und Handlung*, en: *ZStW* 51 (1931), p. 703 y ss.;

- _____, *Studien zum System des Strafrechts*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin / New York, 1975, p. 120 y ss., p. 141 (originalmente: ZStW 58 (1939), p. 491 y ss.);
_____, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungstlehre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1953;
_____, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4^a edición, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1961 (hay traducción brasileña de la traducción española, de Luís Régis Prado, RT, São Paulo, 2001);
_____, *Das deutsche Strafrecht*, 11^a edición, DeGruyter, Berlin, 1969; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1^a edición, C. F. Müller, Karlsruhe, 1970;
WESSELS / BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 30^a edición, C. F. Müller, Heidelberg, 2000;
WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, 2^a edición, Civitas, Madrid, 1982, trad. José Luis Carro;
WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Beck, München, 1996;
WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgzurechnung*, en: ZStW 89 (1977), p. 649 y ss.;
_____, *Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en: GA 1977, p. 257 y ss.
_____, *Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht*, en: JuS 1978, p. 748 y ss.;
_____, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981;
_____, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus*, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 103 y ss. (hay traducción española, de Silva-Sánchez, en: Schünemann [ed.], *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 108 y ss.);
_____, *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en: GA 1984, p. 443 y ss.;
_____, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, en: GA 1991, p. 531 y ss.;

- _____, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem*, en: *140 Jahre Golddammer's Archiv für Strafrecht*, R. v. Dencker's Verlag, Heidelberg, 1993, p. 269 y ss.;
- _____, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*, en: Schünemann / Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymanns, Köln, 1995, p. 3 y ss.
- _____, *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem*, en: Gimbernat etc. (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 3 y ss. (hay traducción española, de Silvina Bacigalupo, en: Gimbernat etc. (ed.), *Omisión e imputación objetiva en el derecho penal*, Servicio de Publicaciones – Facultad de Derecho, Madrid, 1994, p. 65 y ss.);
- _____, *Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlüssegründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe*, en: Wolter / Freund (eds.), *Straflat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 1 y ss.;
- _____, *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungegründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, en: GA 1996, p. 207 y ss.;
- _____, *Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de derecho penal*, en: Silva-Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal - Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 101 y ss.;
- YAMANAKA, *Die Entwicklung der japanischen Strafrechtsdogmatik in Lichte des sozialen Wandels*, en: ZStW 102 (1990), p. 928 y ss.;
- ZAFFARONI, *Panorama de los esfuerzos teóricos para establecer criterios de imputación objetiva*, en: Ester Kosovski / Zaffaroni (eds.), *Estudos em homenagem a João Marcello Araújo Jr.*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 187 y ss.;
- ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 1^a edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997;
- ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

NOTAS

NOTAS

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de ENOTRIA S.A.,
por encargo de ZELA Editorial S.A.C.S.
Se utilizó la fuente Adobe Garamond Pro
en 10.5 puntos para el cuerpo del texto.

Mayo, 2025

