Nº 25 – janeiro/fevereiro/março de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA A LA LUZ DE SUS ACTUALES PROYECCIONES INTRADOGMATICAS

Raúl Cervini
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Mayor de la República y Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y 2° Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

I. NADA TOTALMENTE NUEVO BAJO EL SOL

Es un hecho constatable que la responsabilidad objetiva constituye, al menos en la región, la vedette de nuestros tiempos. Es un tema académico de moda y eso se ha podido comprobar fehacientemente en este mismo Seminario de la Universidad del Congreso, y ello de la mano de los más encumbrados colegas americanos y europeos. Pero no siempre la moda es sinónimo de novedad y en este caso ciertamente no lo es. Los Profesores alemanes aquí presentes son testigos privilegiados de los extremos históricos de esta afirmación. Si nos mostramos mínimamente respetuosos con los pensamientos y la historia del Derecho Penal, veremos que en rigor, tanto la Teoría de la Causalidad Adecuada atribuida a VON KRIES, como la Teoría de la Causalidad Eficiente desarrollada por MEZGER, no fueron teorías de la causalidad sino teorías de la imputación, puesto que ambas intentaban limitar los excesivos alcances de la Teoría de la Equivalencia mediante criterios eminentemente normativos.

En todo caso debe subrayarse que siempre, hasta JAKOBS, se partía de un concepto ontológico tanto de acción como de causalidad, aceptándose sin titubeos que la acción humana es una estructura lógico-objetiva que pertenece a las categorías del ser. Por ende, no puede sino ser reconocida por el Legislador, quien al crear tipos penales busca motivar (mediante la denominada “norma de determinación”) lo único que hay de motivable en el ser humano: su voluntad. Por cierto que esta observación no es menor, principalmente desde una visión humanitaria del Derecho Penal.

Así es que, vueltos a la historia, ya LARENZ ([1]), desarrollando conceptos del hegelianismo, sostenía que la imputación objetiva describe aquel juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto, es decir que será imputable jurídico penalmente aquel resultado que pueda ser considerado como obra del autor, como suyo. En ese marco, la tarea de la imputación objetiva era deslindar los sucesos accidentales que hayan tenido lugar en el hecho propio de un sujeto.

Con toda lógica, si se describe la causa como el conjunto de condiciones que intervienen en la producción de un resultado, aparecerá claramente la imposibilidad de nombrar sólo a una de ellas como la causa del suceso, y de imputarle exclusivamente a ella el resultado como propio. Estará – decía LARENZ – destinado al fracaso todo intento de basar al juicio de imputación en un mero juicio causal.

Lo distintivo del hecho propio es que aparece como una realización de la voluntad del sujeto. Y se entiende por "hecho" la acción y sus consecuencias que era posible para el sujeto abarcar por la voluntad. Esta se realiza en el hecho, mediante la capacidad de fijarse propósitos y de dirigir el proceso causal hacia un determinado objetivo.

La voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los transforma en sus propios hechos, por lo cual el "hecho" es una totalidad teleológica y no un mero curso causal ciego donde el sujeto no es más que el punto de inicio.

Es por ello que la imputación de un hecho no constituye un juicio causal sino teleológico, o sea, final.

Y esta finalidad debe entenderse en sentido objetivo pues no solo se imputa lo querido y sabido sino también lo conocido y que por tanto podía ser abarcado por la voluntad, es decir que era un objeto posible de la voluntad, sea para su realización (acción) o hacia su posible evitación (omisión).

La relación entre hecho y voluntad existe, pues, cuando el suceso es previsible y dominable. Y la imputación sería objetiva pues esa posibilidad de prever se debía medir de acuerdo a un criterio general – objetivo – del hombre inteligente y prudente medio.

Por lo tanto, la omisión sólo representaría un problema si se la une al naturalismo positivista que la entiende como un problema causal ("relajación muscular"). En efecto, desde la perspectiva de la imputación, el resultado pertenece al autor si éste podía y debía evitar el resultado dirigiendo los acontecimientos por su voluntad.

---

[1] LARENZ, K. (1927): "Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung", 1970, Leipzig.

Por su lado, otro adelantado, HONIG ([2]), retomando los postulados de LARENZ, sostenía que la imputación objetiva tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada que será significativa para el derecho penal cuando aparezca dirigida por la voluntad humana. Y sólo aparecerá presidida por la voluntad humana cuando ésta pudo prever y dirigir su curso para alcanzar o evitar el resultado. Son, pues, imputables aquellos resultados que aparecían como previsibles y dirigibles, o sea que fueron colocados finalmente por la voluntad.

En su mérito, sólo la imputación objetiva del resultado entendida como previsibilidad y evitabilidad (omisión) o alcanzabilidad (acción) permite afirmar la tipicidad del hecho, por ello la imputación objetiva es necesariamente un presupuesto de la tipicidad de la conducta. En ausencia de este juicio de imputación, la conducta será penalmente atípica.

II. ESTADO ACTUAL DE ANTIGUAS REFLEXIONES.

En los tiempos contemporáneos se ha desarrollado dos vertientes dogmáticas de la responsabilidad objetiva: una construcción de corte restrictivo que se corresponde a un modelo complementario en el cual la culpabilidad constituye un límite a la prevención (ROXIN), y una corriente amplia, de raíz sociológica y base funcionalista, intrínsecamente desvinculada de toda connotación ontológica, ligada a un modelo de reemplazo que prescinde de la culpabilidad. Todo esfuerzo por acercar estos últimos desarrollos a parámetros de seguridad jurídica resultará siempre una tarea muy compleja puesto que el funcionalismo penal, en la versión legada por JAKOBS no está pensado para ello.

1. La versión estricta de la imputación objetiva en la obra de CLAUS ROXIN

Desarrollando los postulados de HONIG, el notable maestro de Munich desarrolló y llevó la teoría que nos ocupa hacia nuevas e interesantes proyecciones.

En la concepción de ROXIN, es imputable aquel resultado que puede concebirse como dispuesto finalmente por el autor, puesto que el derecho penal tiene por misión regular los comportamientos humanos dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad de los sujetos, ya que solo ésta es motivable. Por ende, y con carácter previo a catalogar a un determinado comportamiento como doloso o culposo, esa finalidad objetiva se equipara a la

[2] HONIG, R. (1930): "Kausalität und objektive Zurechnung", en Festgabe für Reinhard von Frank, 1969, Tübingen.

creación de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un determinado bien jurídico ([3]).

Por ello, y sentando el principio general de la imputación objetiva, establece ROXIN así la necesidad de comprobar tres requisitos:

- que la acción haya creado un riesgo;
- que ese riesgo sea jurídicamente desvalorado;
- que se haya plasmado en la realización o materialización de un resultado típico.

En otras palabras, la base de la imputación objetiva es la idea de que sólo puede ser objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando la misma ha creado para su objeto protegido una situación de peligro jurídicamente prohibida y el peligro se ha materializado en el resultado típico.

Contrariamente, el resultado producido no será objetivamente imputable a su autor cuando éste ha disminuido el riesgo, no lo ha aumentado, o lo ha aumentado pero dentro de los límites de lo permitido.

Ahora bien, frente a cierta índole de casos ante los cuales el criterio del "riesgo" daba respuestas insuficientes, debió ROXIN desarrollar diversos criterios "correctivos" denominados también "criterios de imputación". En virtud de ellos pueden deslindarse situaciones como las siguientes, a fin de establece o no el correspondiente juicio de imputación. Veamos someramente esos criterios ([4]):

a) aminoración del riesgo, establece la imposibilidad de imputar un resultado lesivo a un comportamiento cuando éste haya reducido la probabilidad de lesión al bien jurídico amenazado en ciernes por otro peligro más grave. En estos casos la conducta será atípica.

Si una piedra está por golpear en la cabeza a Juan, y Pedro lo empuja determinando que la piedra le hiera el hombro, su intervención en esa lesión no será imputable objetivamente pues tuvo como propósito disminuir el riesgo, y sólo se imputan penalmente los comportamientos que crearon riesgos jurídicamente desaprobados, no los que los disminuyeron.

---

[3] ROXIN, Claus "Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito" Civitas, Madrid, 1997, p. 343 y ss.

[4] Sobre los criterios de imputación ver: ROXIN, Claus "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal" en recopilación: "Problemas básicos del Derecho Penal" Reus S.A., Madrid, 1976, p. 128 y ss.

Y del mismo autor: "Culpabilidad en el Derecho Penal" Reus S.A., Madrid, 1981, p. 147 y ss.

b) no creación de un riesgo de lesión jurídicamente relevante, dice que no puede haber imputación objetiva de un resultado lesivo cuando la acción creó un cierto riesgo, pero ese riesgo de lesión no es jurídicamente relevante para ese bien jurídico. Así, no será típica la conducta del sobrino que, con el fin de que su tío rico muera, le compre cada día un pasaje de avión con la intención de que algún avión caiga y el tío muera, pues viajar en un avión, si bien es riesgoso, no configura un curso causal que importe un riesgo jurídicamente desaprobado en nuestra sociedad.

c) aumento indebido del riesgo permitido, dice que cuando un sujeto actuó de forma incorrecta, el bien jurídico se ha lesionado y esta lesión se hubiera producido de igual modo aún cuando el sujeto se hubiera comportado irreprochablemente, procederá así y todo afirma la imputación objetiva del resultado cuando la conducta del sujeto haya significado un aumento del riesgo permitido. Según ROXIN, ello es independiente de que con un comportamiento alternativo conforme a derecho este resultado se hubiera producido igualmente, pues lo único que debe tenerse en cuenta a estos fines es lo realmente acontecido, sin introducir en el análisis factores hipotéticos, y si ello ha elevado el riesgo de lesión del bien jurídico.

Sin embargo, aquí debemos decir que el criterio de ROXIN no es unánime, puesto que los partidarios de la teoría del Nexo o del Comportamiento Alternativo conforme a Derecho resuelven estos casos de otro modo. En efecto, de acuerdo con esta perspectiva, el resultado debe ser plasmación de falta de cuidado, por lo cual si el resultado se sigue produciendo aún con un comportamiento prudente, la infracción a la norma no ha sido determinante para su causación . En este sentido JESCHECK sostiene que "...no hay imputación objetiva del resultado en los delitos imprudentes, causado por un comportamiento contrario al deber cuando incluso con un comportamiento ajustado a éste, aquel se hubiera originado con una probabilidad rayana a la certeza...". Sin embargo, el mismo autor admite que esta tesitura no soluciona el problema cuando se aumentó el riesgo preexistente en grado muy superior al normal ([5]).

ROXIN, por su parte, sostiene por el contrario, que cuando el curso causal hipotético procedió del comportamiento doloso de otro, no cambia la solución, por ende hay imputación objetiva del resultado, ya que el fin de las normas no es la evitación de resultados sino de comportamientos destinados a lesionar bienes jurídicos.

Con un ejemplo tradicional, si Juan envenena a Pedro, y antes de que muera por envenenamiento, Luis mata a Pedro con un disparo, ROXIN entiende que la conducta de éste es imputable a pesar de que el bien jurídico “vida” estaba irremediablemente perdido, debiendo castigarse a Luis por homicidio y a Juan

[5] JESCHECK, Hans Heinrich: "Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición, Editorial Comares-Granada, 1993, Cap. 3.

por tentativa de homicidio, sin que impida establecer este nexo de imputación el hecho de que si suprimiéramos el comportamiento de Luis, Pedro igualmente hubiera muerto al cabo de unos instantes por el veneno de Juan.

En este punto, como sostiene STRATENWETH (Derecho Penal, Parte General, I, Ed. Edersa, 1982, núm. 221), en última instancia esta controversia implica una decisión fundamental sobre la función de las normas jurídicopenales; o bien se las entiende en el sentido de que prohiben toda lesión de un bien jurídico, sin tomar en consideración si empeora su situación, es decir partiendo de la lesión del bien jurídico como tal; o bien se antepone el fin de mantenimiento de los bienes jurídicos, limitándose su aplicación estrictamente a tal finalidad, de manera que las normas dejarán de intervenir una vez que se haya perdido el bien jurídico. En este orden de ideas, el caso que pusimos de ejemplo debería resolverse castigando a Luis y a Juan, respectivamente, por tentativa de homicidio, pero a ninguno por el homicidio consumado.

d) La esfera de protección de la norma como criterio de imputación enseña que lo correcto es limitar la esfera de protección de la norma a los daños directos, es decir a aquellos resultados que constituyen la materialización del riesgo desaprobado que el autor creó, pero no de otro distinto. Así ello, no deben imputársele al autor las segundas consecuencias que obedezcan a la actitud imprudente de un tercero, pues estos segundos daños quedan excluidos de ámbito de protección de la norma que castiga la primera actividad imprudente

Debemos reconocer que ROXIN no desarrolla. “in extenso” este criterio sino que se limita a inferir algunas de sus proposiciones del ejemplo de los dos ciclistas que marchan de noche uno tras otro sin luces en las bicicletas. El ciclista que iba adelante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación. Sólo que, según sostiene el maestro de Bon, el fin de protección de la norma que obliga a llevar luces en la bicicleta no es evitar accidentes de terceros sino los propios. Por ende esa conducta imprudente no se materializó en el resultado lesivo acontecido, por lo cual no puede haber imputación de dicho resultado.

Artigo1

Artigo2 2. La imputación objetiva, versión amplia: GÜNTHER JAKOBS

Es imprescindible, hacer una, aunque más no sea somera referencia, al desarrollo teórico que este autor viene dando a los postulados de la Teoría de la imputación objetiva.

JAKOBS es responsable de una construcción de culpabilidad funcional construida a partir de la perspectiva del sistema. En función de ello, este autor

explica que en derecho, hay tres posibilidades de explicar a través de la imputación un curso lesivo.
Es decir que un riesgo del que debe responder uno o varios intervinientes es considerado o definido como causa determinante, mientras que todas las demás condiciones se considerarán no determinantes y por ende "socialmente adecuadas" debido a las siguientes circunstancias:

- un comportamiento incorrecto de la víctima;
- un comportamiento incorrecto del autor; y
- un comportamiento incorrecto de un tercero.

Si todos estos sujetos actuaron correctamente, y el resultado lesivo igualmente aconteció, no quedará más posibilidad que atribuirlo a la desgracia.

Sentado ello, el Profesor de Bonn define a la Imputación objetiva diciendo que es el reparto de responsabilidades para establecer el destinatario a quien pertenece el suceso lesivo por haberlo creado o haber permitido que tuviera lugar. Sostiene que la causación es insuficiente para fundamentar el lado cognitivo de lo acontecido. Y si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. Dicho de otro modo: si cada uno de nosotros debiera prever los posibles resultados lesivos de cada una de nuestras conductas riesgosas (conducir un auto, manipular electrodomésticos, informatizar las vías de comunicación, etc.) no sería posible el avance de la sociedad.

Sigue diciendo JAKOBS, que a partir de la Revolución industrial la sociedad se convirtió en una sociedad de riesgos, caracterizada por la introducción y extensión a todos los ámbitos de la vida, de las máquinas. Ello implicó progreso y mejoría social, pero también la potencial posibilidad, muchas veces concretada, de que esos riesgos causaran no ya simples daños, sino incluso terribles estragos. Sin ir más lejos, pensemos en la catástrofe de Chernobyl, o en las catástrofes aéreas que con frecuencia nos conmocionan, para advertir que junto a los progresos que tiene para la medicina, la energía nuclear, y para el tráfico en general, las comunicaciones aéreas, esas mismas actividades resultan "per se" potencialmente muy riesgosas ([6]).

Sin embargo, estos riesgos son hoy día "socialmente adecuados" pues efectuando una relación costo-beneficio, la sociedad actual prefiere correr con aquellos por cuanto también se beneficia con las posibilidades tecnológicas de la modernidad.

El segundo postulado de JAKOBS, afirma que en la sociedad actual la separación de los ámbitos vitales fue determinada, junto con aquella revolución

[6] En este sentido, cfr. a PAZ DE LA CUESTA AGUADO: "Tipicidad e imputación objetiva", Ed. Jurídicas Cuyo, 1998, p. 148 y ss.

industrial, por la división internacional del trabajo. Esta fija con claridad los cometidas de los intervinientes de modo que las personas no han de ser ya individualmente consideradas sino como portadoras de un ROL (el rol de chofer, el rol de docente, el rol de funcionario público, el rol de mesero, el rol de piloto, etc.) y ese rol genera expectativas en los demás respecto de la forma en cómo cada quien lo desempeñará.

Por ende, la imputación objetiva propende a imputar las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol, las que a su vez configuran el esquema de la interpretación imprescindible para que las acciones individuales puedan adquirir un significado socialmente relevante.

> **Desde este punto de vista, la relevancia práctica de la teoría de la imputación, objetiva del comportamiento se manifiesta, como fácil se advierte, más bien en el delito culposo o imprudente.**

Resumidamente, los tres principales postulados de JAKOBS pueden ser descritos de la siguiente manera:

a) las personas están en el mundo social en condición de portadoras de un rol que deberán administrar conforme determinados standards, pues ello genera expectativas;

b) acontecido un suceso lesivo habrá de determinarse quién de los intervinientes administró deficientemente su rol;

c) esto rige tanto para los delitos dolosos como para los culposos, sólo que en los primeros el quebrantamiento del rol es muy evidente, en tanto que en los segundos habrá que analizar las circunstancias del caso particular para determinarlo.

De este modo, JAKOBS da un giro absolutamente radical a la teoría del delito tradicional para concluir diciendo que “No debe construirse el delito teniendo en cuenta la causalidad sino el quebrantamiento de un rol ... Si una conducta no superó los límites del rol de su autor, no debe imputársele el curso lesivo aunque haya sido causada de modo perfectamente evitable”.

Y construye la “imputación objetiva” sobre cuatro pilares o institutos básicos, a saber:

i) <u>El riesgo permitido</u>

Para JAKOBS cualquier contacto social, en la sociedad actual, entraña un riesgo y como una sociedad sin riesgos hoy día ya no es posible, el riesgo inherente a ella debe ser tolerado como “riesgo permitido”. Uno de los presupuesto de la imputación se encuentra precisamente en que la conducta tiene que entrañar un riesgo no permitido o sea, una infracción del deber de cuidado. Nos dice JAKOBS que cualquier conducta puede conducir a través de

desgraciadas concatenaciones de circunstancias a la producción de un daño; si la conducta se encuentra dentro del riesgo permitido (y para el autor, queda excluida la conducta no permitida de terceras personas o un comportamiento de la propia víctima contrario a sus deberes de autoprotección social), estaremos ante un infortunio, no ante un injusto penal ([7]).

Lo socialmente adecuado, especialmente cuando aparece bajo la forma de permisión de un riesgo, se legitima de manera histórica, por su propia evolución y no por la referencia al derecho. Son las personas quienes fueron legitimando y aceptando, por ejemplo, la introducción del ferrocarril y del automóvil como medios de transporte "socialmente adecuados" aunque peligrosos, y no su imposición por las normas jurídicas.

Por ende, en una sociedad de libertades, sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene un fundamento plausible para quien potencialmente ha de soportar los costos: y esto es, generalmente, el simple y raso ciudadano.

El efecto de esta afirmación es que un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal porque en esa configuración social es aceptado de modo natural.

Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no realizan tipo alguno, aunque hayan causado un daño.

De este modo, fácil se advierte que JAKOBS descentraliza la "administración" de las reglas sociales a través de cada ciudadano individual, puesto que será el titular del rol quien en el desempeño de ese rol decidirá sobre la realización de la actividad de modo socialmente adecuado. Y el juicio del experto será, pues, relevante cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente relevante por especialistas.

Se concluye así que el rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante ha de obtenerse mediante una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. Y precisamente por ello, los conocimientos especiales del autor no deben ser tenidos en cuenta para el juicio de imputación si no integraban el rol que desempeñaba el autor en el caso concreto.

ii) <u>El principio de confianza</u>

[7] JAKOBS, Gunther: "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 de Derecho Penal", recopilación de artículos del Prof. Jakobs realizada por los publicistas Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 213. Sobre el mismo tema: JAKOBS, Gunther: "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación" Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 267 y ss

La “confianza” a que se refiere este criterio de imputación, es una metáfora de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de las personas.

En este sentido, STRATENWERTH ([8]) ha dicho como intento de delimitar los ámbitos de responsabilidad, que en aquellos casos de la vida social en los que entran en contacto los comportamientos de *varias personas*, por regla general cada uno de los implicados debe poder confiar en que los demás se comportarán conforme al cuidado debido ya que también éstos se hallan sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico. La expectativa de que el otro vaya a actuar conforme sus deberes de cuidado surge del hecho de que ese otro reviste el carácter de ser una persona responsable.

De otro modo sería imposible desarrollar amplios ámbitos de la vida actual, y baste para ello pensar en la realización de operaciones de trasplante de órganos, si cada uno de los cirujanos que intervienen tuviera que controlar la actividad del último d los anestesistas por presuponer como regla que éste administrará deficientemente su rol. Muy por el contrario, el principio de confianza es el que rige en la vida en sociedad, y es en razón de él que se imputarán los daños producidos por haber actuado contra el rol, delimitándose así las esferas de responsabilidad de cada uno de los participantes en un curso lesivo.

Ha señalado JAKOBS, que en su teoría, el ámbito del principio de confianza tiene una genuina analogía con el riesgo permitido, pero también la peculiaridad de que el desarrollo del acontecimiento no depende de la simple naturaleza, sino del cuidado que pongan otras personas ([9]).

iii) La prohibición de regreso

El criterio de la “prohibición de regreso” ya había sido diseñado por FRANK hace más de medio siglo y a través del mismo se pretende recortar ya en el plano del tipo objetivo las ampliaciones de la teoría de la equivalencia en los delitos de resultado donde hayan intervenido causalmente dos o más personas.

Conforme a la prohibición de regreso, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa o culpable de un tercero. De tal modo, y como Regla General se excluye la responsabilidad por la causación imprudente de un hecho doloso de otro.

La explicación que brinda de ello JAKOBS, es nuevamente la teoría de los Roles, al decir que la responsabilidad jurídicopenal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Estos roles pueden ser especiales o comunes. Los especiales son los que una determinada persona tiene porque

[8] STRATENWERTH, G., Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, p. 392.

[9] JAKOBS, Gunther "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito....." op. cit. ut supra, p.218.

debe configurar con otras un mundo común (el que une, por ejemplo, a padre e hijo), por cuyo quebrantamiento generalmente se responde a título de autor ([10]).

En tanto los comunes son los que todos tenemos de comportarnos como personas civilizadas, como personas de Derecho, o sea en deber jurídico de no lesionar a otro que desarrollara hace siglos ya ULPIANO: “neminem laedere”.

JAKOBS se pregunta: ¿debe responder penalmente el panadero que vendió la hogaza de pan que luego el asesino envenenó para ultimar a su víctima?.

¿Debe responder penalmente el taxista que conduce al terrorista que colocará la bomba, y que durante el viaje hacia su destino le confiesa que atentará contra un edificio, si el taxista nada hace para evitarlo?

En el primer supuesto, sostiene que no puede haber imputación objetiva del resultado cuando no hay nada en común entre ambos sujetos. En este ejemplo, el autor anudó su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona (el panadero), y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo (envenena el pan). De modo que sólo él responde porque un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes.

Pero en el segundo supuesto, dice JAKOBS, tampoco habrá imputación objetiva del resultado porque rige la prohibición de regreso. Entre el autor y la otra persona hay de común una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, es decir que es fungible, y que se usa para cometer un delito (tomar un taxi para ir a poner una bomba). Pero como lo que hay entre ellos carece de todos sentido delictivo, el sujeto taxista no ha quebrado su rol inocuo, a pesar de la confesión recibida del terrorista. La prohibición de regreso impide así recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente, más allá de toda elucubración de índole moral que no deberá jugar a la hora de juzgar cuestiones jurídicas.

iv) La esfera de competencia de la víctima.

Este criterio de imputación, permite precisamente delimitar los ámbitos de extensión de aquella, cuando la víctima participó o intervino en la causación de daño que se juzga, sea porque haya actuado a propio riesgo, o violando su deber de autoprotección o prestando su consentimiento.

Dicho de otro modo, si Juan invita a Pedro a escalar una montaña, con la recóndita esperanza de que se despeñe y muera, y efectivamente eso ocurre, la “esfera de competencia de la víctima” permite advertir que Pedro actuó a

[10] Conf. JAKOBS, Gunther: "Fundamentos del Derecho Penal" Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 121 y ss.

propio riesgo, sin que deba importar que la invitación de Juan creó para él una situación de peligro, limitándose así la imputación objetiva del resultado muerte.

Por otro lado, si Juan hiere a Pedro levemente, aunque con intención de matarlo, y éste en lugar de seguir los consejos del médico que atendió su herida leve, los desoye de modo que la herida se infecta insanablemente y Pedro muere, también deberá limitarse la imputación objetiva del resultado al comportamiento de Juan pues Pedro violó el deber de autoprotección que es exigible a cualquier persona.

Igual razonamiento habrá de seguirse en los casos en que la víctima haya prestado su consentimiento.

Por todo ello en la teoría de JAKOBS, la falta de imputabilidad objetiva de una conducta puede obedecer a varias razones: En primer lugar, la conducta puede mantenerse, en atención a su modalidad y la magnitud del peligro que entraña, dentro del riesgo permitido. En segundo lugar, la conducta puede ser en sí misma inocua y desviada arbitrariamente por otra persona en una dirección delictiva. En tercer término, la compensación de la conducta socialmente peligrosa puede ser responsabilidad de un tercero. En cuarto y último lugar, puede ocurrir que la consecuencia dañosa ataña a la propia víctima por su propio comportamiento o, sencillamente porque ella tenga que soportar la desgracia. Esto significa, que sólo si, al menos, también el autor es garante de la evitación del daño, actuará fuera del riesgo permitido ([11]).

III. LLAMADO A LA PRUDENCIA.

1. Esta ingeniosa construcción constituye una seductora herramienta de resolución de casos largamente discutidos en el marco de la dogmática tradicional, pero sus postulados se han ido progresivamente traspolando a otras áreas de la Teoría del Delito y de la Pena, para terminar dando vuelta como un guante sus conceptos fundamentales, desde la perspectiva de la teoría final de la acción, reformulando todas sus categorías.

Efectivamente, inspirándose con mayor o menor rigor en viejos conceptos funcionales de la sociología, que – a mi juicio – merecerían detenido estudio a efectos de precisar sus exactos contenidos, las modernas reformulaciones de la Teoría de la Imputación Objetiva, en tanto pretendida aplicación del "funcionalismo social", en versión de NIKLAS LUHMAN, operó de la mano de GÜNTHER JAKOBS, en cierto sector dogmático penal actual, un efecto cuasi copernicano, tal vez comparable al que en su momento produjo HANS WELZEL con sus teorizaciones acerca de la existencia de estructuras lógico-objetivas, y de categorías del ser que no podían sino ser reconocidas por el Legislador, dando paso así a la hoy ya "tradicional" teoría final de la acción.

[11] JAKOBS, Gunther: "Derecho Penal. Parte General...." op. cit. ut supra p. 278 y ss.

En un paquete atractivo (y cerrado) GÜNTHER JAKOBS y sus seguidores, nos presentan paradigmas instrumentales referidos a los conceptos de “rol”, “administración deficitaria del rol”, y “expectativa social” en el desempeño de tales roles. De esta manera la conducta entendida como comportamiento voluntario y final se ha convertido paulatinamente en un “comportamiento socialmente inadecuado”. Pero más allá del relativo encanto innovador deben tenerse muy presente los múltiples efectos de esta concepción.

2. Para citar lo más importante, las diferencias ente dolo y culpa, zanjadas por la intención de realizar el tipo versus la violación a un deber objetivo de cuidado al ejecutar una acción, se borran o al menos se van desdibujado peligrosamente. Hoy, para JAKOBS y alguno de sus más conspicuos seguidores, la diferencia entre dolo y culpa es sólo cuestión de matices. El delito culposo existirá cuando se haya creado un riesgo desaprobado mediante un comportamiento descuidado, en tanto el delito doloso se dará cuando se haya creado también un riesgo desaprobado, pero mediante un comportamiento calificado como muy descuidado, mediante una grosera mala administración del rol.

Ya hemos señalado en otro trabajo que la teoría de JAKOBS -y según sus propias palabras- implica la definitiva renuncia al concepto de culpabilidad sustituyéndolo por una noción funcional ("Strafrecht Allgemeiner Teill", 1983) para la cual sólo la idea de fin puede darle contenido, entendiéndola como prevención general cuya razón de ser es la "fidelidad para el derecho". Esta concepción -se objeta con razón- sacrifica la función limitadora de la punibilidad propia del principio de culpabilidad por la prevención general y sostiene que la represión penal del ciudadano no se rige ya por circunstancias personales, sino por criterios tan inasibles como la "fidelidad al derecho".

Nos permitimos recordar un ilustrativo y poco frecuentado artículo, "El Principio de Culpabilidad" (1993). En esta pieza el Profesor de Bonn, reivindica como aspectos medulares de su concepción el "defecto cognitivo" y la "falta de fidelidad al ordenamiento jurídico". Esto lo hace con una imagen tan ilustrativa como preocupante: " Quien desconoce el mundo exterior, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas....."

En el mismo texto JAKOBS resume su posición originaria sobre la culpabilidad de la siguiente manera. "En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuando error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida. En una sociedad con Derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; éste sólo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales. Como es posible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la

motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico" Sigue expresando: "Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respecto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente" ([12]).

A primer vista, la culpabilidad de JAKOBS es una culpabilidad jurídica con contenido jurídico e incluso el autor así lo indica ([13]). Analizada con más cuidado, se percibe que este autor prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a si misma. Estrictamente se abandona el concepto de culpabilidad sustituyéndolo por un paradigma funcional que observa como único contenido (prevención general) la fidelidad al derecho. La base de la responsabilidad es la pertenencia a la sociedad, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. La pena buscará exclusivamente el reforzamiento de la confianza en el derecho por parte del colectivo. De esta manera, como ya adelantamos al comienzo de nuestra exposición, la persona termina instrumentalizada para la estabilización de los intereses sociales y se desconoce el principio universal de la dignidad del ser humano, sentando el arbitrio del legislador o del juez como única pauta válida para entender esta idea mecánica de culpabilidad.
Se dice que estamos ante una "falacia normativista" sustancialmente idéntica a la "falacia naturalista" ya que el este concepto de culpabilidad es carente de toda relación con cualquiera sustratos reales (por ejemplo, SHUNEMANN) Ello es muy cierto ya que se desestructura totalmente la concepción clásica de culpabilidad inspirada en un enfoque ontológico de acción y causalidad, con las desastrosas consecuencias que ello reporta en el campo de la seguridad jurídica, como ya lo demostró, sin ir más lejos, el derecho penal nazi fundado en planteamientos cercanos a éstos. Por ello con tremendo acierto ha señalado ZAFFARONI ("Derecho Penal-Parte General"- Ediar, Buenos Aires,2000, 638) que estamos ante una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, en realidad un concepto jurídico construido a la medida de un objetivo político.

3. De igual manera se desdibuja uno de los conceptos más básicos y garantistas del derecho penal liberal: el principio de legalidad que exige al legislador una clara y precisa definición de las figuras legales descritas en los tipos. Mediante los conceptos señalados, la conducta típica será la “socialmente inadecuada” por haber “defraudado las expectativas sociales”

12 JAKOBS, Gunther: "El Principio de Culpabilidad", en "Estudios de Derecho Penal", op. cit. ut supra, p. 392.

13 JAKOBS Gunther: "Fundamentos...." op. cit. ut supra, p. 15 y ss.)

depositadas en el desempeño de nuestro respectivo rol social conforme a “standards”. Interprételo el que pueda.

El principio de legalidad, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y mismo el principio de culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado, se ven como antitéticos a una respuesta rápida y eficaz frente a la "nueva" criminalidad y se pretende sustituirlos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del Derecho para convertirse en un "sub-sistema físico-psíquico" al que el Derecho valora en la medida en que desempeña un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Naturalmente que también se ve afectado el principio de personalidad de la pena, ya que nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del sistema con el comportamiento del autor o con el propio hecho.

La alienación de la subjetividad y la centralidad del Hombre en beneficio de un sistema de aristas difusas lleva al desplazamiento del Hombre de centro y fin del Derecho a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales no siempre definidas con la necesaria claridad. En especial en la incriminación de responsabilidad penal el sujeto, de ser el fin de la intervención institucional, pasa a convertirse en el soporte psico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él, lo trascienden y de la cual ese Hombre de carne y hueso constituye únicamente un instrumento. El propio JAKOBS nos dice: "Al imponerse la perspectiva social en el injusto, también debe hacerlo en la culpabilidad. El Derecho Penal no conoce sujetos aislados, sino sólo sujetos que se comunican. Esto debería estar fuera de discusión en lo que se refiere a la falta de disposición para cumplir la norma, que constituye la esencia de la culpabilidad, se determina de manera objetiva: basta aquella medida de disposición que es necesaria para mantener la configuración de la sociedad- no basta una medida menor, y una medida mayor no es necesaria"

Por ello la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no constituye solamente el fundamento de ésta sino que, contemporáneamente, se perfila como el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, desde otra perspectiva no menos preocupante, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva.

4. Este contexto revulsivo de tradicionales principios y garantías de la Ciencia Penal justifican nuestra preocupación. La construcción funcionalista no parece suficientemente comprometida con los postulados garantistas que tanto esfuerzo costó imponer para la interpretación de las normas penales materiales y las procesales penales.

Entre nosotros, los americanos del sur, las libertades individuales, derechos humanos, y garantías constitucionales del derecho penal y procesal penal, constituyen un frente de batalla permanente. Para afirmar su vigencia, muchas veces fue necesario “administrar deficitariamente” el propio rol, e incluso “ser

activamente disfuncional" al sistema del poder de turno ([14]). El funcionalismo penal usa y abusa de conceptos sociológicos que debilitan en alguna medida la precisión terminológica que permitió a la dogmática "tradicional" alcanzar los puntos más elevados de desarrollo teórico que ninguna de las restantes ramas del ordenamiento jurídico aún ha alcanzado, contribuyendo a la seguridad jurídica en materia penal, al robusteciendo los límites impuestos al derecho punitivo del Estado y por esa vía a la propia afirmación del Estado Democrático del Derecho.

Se impone un cuidadoso y prudente análisis de estas nuevas formulaciones y ello en todos los campos científicos involucrados. En el campo de las ciencias sociales corresponde corroborar metódicamente y a través de fuente directa, algunos postulados atribuidos a LUHMAN y sus discípulos. En la faz dogmática penal, medir responsablemente la trascendencia intradogmática de los criterios funcionalistas, en todas y cada una de las áreas de la Teoría del Delito y de la Teoría de la Pena. Mejor aún, si esta tarea se emprende con una perspectiva garantista y con una Constitución al alcance de la mano..

En estos días hemos visto al Profesor JAKOBS enfáticamente involucrado en marcar distancia con ciertos "excesos de funcionalidad". Decididamente interesado en despejar del universo conceptual de sus seguidores ciertas expansiones sociológicas que, según sus propias palabras, alientan desviaciones conceptuales y desdibujan la dirección dogmática originaria de su teoría de la prevención general positiva. Estas reflexiones denuncian una gran honestidad intelectual y un grado de saludable preocupación que muy legítimamente hoy sentimos muchos penalistas.

[14] Sobre el "funcionalismo social", ver NIKLAS LUHMAN: "Introducción a la teoría de sistemas", Ed. Iberoamericana, 1996. Y sobre la introducción del funcionalismo social al derecho penal, vid. JAKOBS, G.: "Fundamentos del Derecho Penal", Ed. Ad Hoc, 1996, trad. por Cancio Meliá y Peñaranda Ramos y "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", Ed. Ad Hoc, 1996.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CERVINI, Raúl. La responsabilidad objetiva a la luz de sus actuales proyecciones intradogmaticas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, janeiro/fevereiro/março de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-25-MARCO-2011-RAUL-CERVINI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: