

DERECHO PENAL E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN JAKOBS

Verónica ROMÁN QUIROZ

Mi admiración a tan prestigiada y sólida trayectoria de la profesora doctora Olga Islas de González Mariscal, y mi profundo agradecimiento por permitirme contribuir con un artículo al homenaje que merecidamente hoy se le rinde.

SUMARIO: I. *Fundamentos de la imputación objetiva.* II. *Función de la imputación.* III. *Instituciones dogmáticas.* IV. *La acción como parte de la teoría de la imputación.* V. *Imputación objetiva: la causalidad.* VI. *Exclusión de la imputación objetiva en supuestos de riesgo permitido.* VII. *Exclusión de la imputación objetiva en los supuestos del principio de confianza.* VIII. *Exclusión de la imputación objetiva en supuestos de prohibición de regreso.* IX. *Imputación objetiva. Realización del riesgo en supuestos de concurrencia de riesgo.* X. *Exclusión de la imputación, en casos de acuerdo, consentimiento que excluye el tipo y actuación a riesgo propio.* XI. *Teoría general de la justificación.* XII. *Teoría general de la culpabilidad.*

La concepción del derecho penal por parte de Jakobs viene a reunir las dos orientaciones en las que se basan principalmente los esfuerzos desarrollados en los últimos tiempos a favor de una nueva teoría normativa del derecho penal: la consideración de la función que el derecho penal cumple efectivamente en la sociedad, desde una perspectiva sociológica próxima en el caso de Jakobs a las corrientes funcionalistas de la teoría de los sistemas,¹ y la re-

¹ Jakobs parte de los postulados de Luhmann, de ahí que subrayemos lo siguiente. En la teoría de la sociedad de Luhmann, con ribetes de escándalo, se da la relación entre los seres humanos —sistemas personales o psíquicos— y la sociedad o los distintos sistemas sociales. Para Luhmann, la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de

flexión del significado del derecho penal² en la comunicación interpersonal, lo que enlaza a la vez con corrientes filosófico-jurídicas que gozan de una amplia tradición.

I. FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Jakobs considera que la intervención posterior al hecho del derecho penal hace que éste sea un instrumento poco adecuado a los fines perseguidos (procurar la protección de los bienes jurídicos),³ lo que debe garantizar, entonces, es la vigencia de la norma que es cuestionada por el hecho delictivo.

comunicaciones. Los seres humanos —que son sistemas autorreferentes que tienen en la conciencia y en el lenguaje su propio modo de operación autopoietica— son el entorno de la sociedad, no componentes de la misma. Luhmann, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1997, pp. 26 y 27.

² El derecho penal garantiza una determinada configuración social sólo en tanto la sociedad encaja bien con unas determinadas expectativas y éstas no le son externamente superpuestas. De otro modo el derecho penal que se dirige contra el arraigado espíritu de los tiempos no produce una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de manifestaciones individuales incoherentes. Jakobs, Günther, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, *Moderna dogmática penal*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, México, Porrúa, 2002, p. 694.

³ Jakobs, Köhler, Amelung —cita Hans Joachim Hirsch— niegan un concepto previo de bien jurídico y pretenden atribuirle únicamente importancia sistemática inmanente en la interpretación del derecho positivo. Sin embargo, el concepto de bien jurídico tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites para el derecho penal, ésa fue la tendencia de los esfuerzos de su creador (el alemán) J. M. Birnbaum en 1834. Véase “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal*, pp. 371 y 372. Asimismo, consúltese Müssig, Bernd, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, pp. 317-366; Alcacer Guirao, Rafael, “¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas?”; en *ibidem*, pp. 51-75; Schünemann, Bern, *El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática general y de la parte especial*, México; Cepolcrim, Jakobs, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *El sistema funcionalista del derecho penal*, ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 1o. de septiembre 2000), Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Universidad de Piura, Grijley, Biblioteca de Autores Extranjeros, 2000, pp. 43-60.

La teoría de la imputación objetiva emprende, así, la tarea de formular reglas para determinar qué es lo que significa un hecho. La causalidad es remodelada por un orden basado en la competencia de las personas intervinientes, remodelación que puede conducir a una competencia cumulativa o a la mera desgracia para los intervinientes.

Un comportamiento tan sólo tiene significado en la medida en que vincula a quien lo realiza. En la determinación del comportamiento no permitido se encuentran los principales avances que ha aportado la teoría de la imputación objetiva; en esta medida, dicha teoría es una explicación del concepto de (in)adecuación social.⁴

1. *Fundamentos teóricos*

La imputación como forma se reconoce a los inicios de la cultura humana (el intento de Adán por defenderse ante Dios por comer del fruto prohibido), pero su contenido depende del correspondiente contexto social (por ejemplo: una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos, “exonerará al fabricante de una máquina peligrosa e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad”).⁵

En lo que hace a la imputación objetiva del comportamiento, se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. La relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta más bien en el delito imprudente.⁶ Esta

⁴ Esta teoría fue fundada por Welzel en los 30's del siglo pasado. Revisense Roldan Barbero, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Córdoba, 1992; Cancio Meliá, Manuel, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993; Hirsch, Hans J., “Adecuación social y teoría del injusto”, *Derecho penal. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, t. III.

⁵ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Lima, Grijley, Biblioteca de Autores Extranjeros, 1998, pp. 17 y 18.

⁶ En cuanto a los orígenes de lo que podemos denominar “teoría de la imputación objetiva”, es decisiva la aportación de Roxin “sobre la infracción de deber y resultado en los delitos imprudentes”. En dicho artículo, Roxin pretende establecer límites o filtros normativos *ex post* para imputar resultados a una conducta descuidada, pretende combatir el principio escolástico *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*; pero lo intenta hacer no como un problema de causalidad de la infracción del deber, sino de acuerdo con una interpretación teleológica de los tipos penales. Se trata de limitar una im-

teoría aporta el material de cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona, como un acontecer socialmente relevante o irrelevante.

Jakobs ha contribuido con sus trabajos en la materia a la “renormativización” producida en el ámbito del tipo objetivo a través de la teoría de la imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad⁷ dentro de la teoría del delito:

...es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares,⁸ roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervi-

putación del resultado marcada por la causalidad de acuerdo con una medida razonable político-criminalmente. No obstante, tal propuesta fue rechazada por la doctrina mayoritaria no sólo en Alemania, sino también en España. Roxin intentó resolver en tal artículo los problemas que suscitaba la cuestión de las “conductas alternativas adecuadas a derecho”. Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, 2002, pp. 28 y 29.

⁷ Sin el sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello, cada persona es garante de la inocuidad de su conducta. Para el estudio de la injerencia, o de los deberes que resultan de un determinado comportamiento previo, no sólo es de la mayor importancia la separación de relaciones positivas y negativas, sino también la independencia de la distinción entre hacer y omitir. Las relaciones positivas también pueden presentarse en forma de prohibiciones, las negativas como mandatos. Los mandatos están dirigidos a todos y las prohibiciones sólo a aquellos en quienes concurre un deber especial —padres de un niño enfermo, *e. g.*—. Jakobs, Günther, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 12-15. Véase del mismo autor, “Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión”.

⁸ Los estándares normativos de la imputación objetiva no se refieren a las capacidades de los sometidos a la norma, sino a la interpretación de la norma, ésta se estandariza. Cuando se dice, por ejemplo, que hay que castigar al que lesiona a otra persona, corresponde averiguar qué significa lesionar. Jakobs, Günther, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *Moderna dogmática penal*, *cit.*, nota 2, p. 723.

nientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas.⁹ Es entre estas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero o a la víctima...¹⁰

II. FUNCIÓN DE LA IMPUTACIÓN

La función de la imputación se deriva de la función de la pena.¹¹ La imputación establece a qué persona ha de castigarse para la estabilización de la norma; esto es, ha de castigarse al sujeto que se ha comportado en contrariedad a la norma y culpablemente (esto, si la ley no hace permisible la renuncia a la pena, *e. g.* artículo 75 del nuevo CPDF o 55 del CPF).

Al gravar las penas el comportamiento defectuoso con consecuencias desfavorables, se incrementan las posibilidades de que dicho comportamiento sea aprendido por la generalidad como una alternativa inaceptable de conducta; afirma Jakobs literalmente: “esto es prevención general en sentido no intimidatorio, sino como ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho”.¹² Ciertamente, en su artículo “Culpabilidad y prevención”, la prevención general (positiva) se presenta en otros términos: concretamente, en el sentido de preservación o mantenimiento de la confianza en la corrección de una norma.

⁹ Según Hobbes (*Leviathan*) ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Siguiendo a Luhmann (*Sociedad*), las personas son “...estructuras de la autopoiesis de sistemas sociales...”. Citas en Jakobs, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional”, en *ibidem*, p. 22.

¹⁰ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 1998.

¹¹ En opinión de Roxin, el *injusto* fija lo que está prohibido bajo amenaza de pena, determina cuál conducta es penalmente legal y cuál ilegal, y en la responsabilidad penal se decide cuáles conductas injustas necesitan pena y en cuáles tiene o puede renunciarse a la pena. Roxin, Claus, “Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal”, *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, México, Cepolcrim, 2003, p. 32.

¹² Jakobs, Günther, “Culpabilidad y prevención”, trad. de Carlos Suárez González, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 73 y ss.

En su tratado, Jakobs expone que la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción (“ejercicio de confianza en la norma”). En segundo término, la pena se orienta al “ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho” en el sentido antes mencionado. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (“ejercicio en la aceptación de las consecuencias”).

Jakobs atribuye una relevancia cada vez menor a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientación más radicalmente imperativista), y su preocupación paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento.¹³ Esto se traduce en el hecho de que, para Jakobs, la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene por destinatarios a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas, para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida. En el marco de las jornadas de los profesores alemanes de derecho penal, celebradas en Rostock en 1995, Jakobs afirma que se pueden vincular a la pena ciertas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o fortalezca la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena significa ya algo con independencia de estas consecuencias: significa una autoconfirmación.¹⁴

¹³ Con ello el injusto podría consistir en un suceso íntimo que se desenvuelve entre el autor y la norma infringida, quedando al margen por completo el sentido que la víctima y la sociedad en su conjunto diesen al hecho, esto es, su significado social.

¹⁴ Heiko, Lesch, discípulo de Jakobs, rechaza que la denominación “prevención general positiva” sea adecuada para designar la concepción así resultante y propone en su lugar el nombre de “teoría funcional de la retribución” que, a su juicio, expresaría mejor el carácter de esta teoría de oscilar “entre una fundamentación absoluta y otra relativa de la pena”: sería “absoluta, ya que se castiga *quia peccatum est* y no *ne peccetur*”, pero sería al mismo tiempo “relativa porque... no es fin en sí misma, sino que tiene una función, la del mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social”. Cita en Peñaranda Ramos, Enrique *et al.* *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Lima, Grijley, Biblioteca de Autores Extranjeros, 1998, p. 34.

*Sobre la compatibilidad de la prevención general positiva
con el pensamiento de la resocialización*

La prevención especial es considerada por Jakobs como la única finalidad que puede complementar su modelo, aunque con restricciones no sólo de carácter fáctico, derivadas de la limitación del tiempo máximo de la condena por la prevención general positiva, sino también de carácter jurídico, pues “el Estado no tiene —a su juicio— legitimación alguna para optimizar la actitud de los ciudadanos, sino que se ha de conformar con la observancia externa del derecho (relegalización)”, teniéndose que “limitar la prevención especial principalmente a ‘la liberación de las presiones externas e internas’” que aquejen al delincuente y “sólo con el empleo de medios que resulten legítimos frente a cualquier otro ciudadano no incurso en responsabilidad penal”. El pensamiento de la prevención especial, en su vertiente de resocialización, está pues plenamente integrado en la concepción de Jakobs.¹⁵

III. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS

Pero ¿cómo trasladar lo dicho a la dogmática? Ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas —causalidad, dolo—; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.¹⁶

Los límites de los roles funcionan a la vez como límites de responsabilidad: el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente. Quien se mantiene dentro de los límites de su rol no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo (el médico debe curar la enfermedad del paciente si éste así lo desea; si el paciente no quiere, lo que le suceda será a su propio riesgo).

¹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., nota 5, p. 24.

*Imputación objetiva de comportamientos e imputación
objetiva de resultados*

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento) y por otro, la constatación —en el ámbito de los delitos de resultado— de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de vertebrarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso.

A. Riesgo permitido

Jakobs configura el *riesgo permitido* partiendo de una definición claramente normativa del “riesgo” desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define en la concepción de Jakobs como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *statu quo* de libertades de actuación desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento. Desde esta perspectiva, hay que resaltar quizá la polémica que se plantea en cuanto a la fundamentación de esta institución; Jakobs insiste —a diferencia de lo que suele ser habitual— en que al riesgo permitido no siempre subyace una ponderación consciente de bienes, sino que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica —de una ponderación omitida—, dicho en otros términos: se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

No forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido. Para poder hacer uso de los bienes es necesario poner en peligro estos u otros bienes. El riesgo permitido está, y siempre estuvo, presente en todos los ámbitos vitales; no es hijo de la técnica.

B. Principio de confianza

Teniendo presente la definición ofrecida por Jakobs para el riesgo permitido, quizá la institución cuya autonomía conceptual dentro de su sistema de la imputación del comportamiento resulte más dudosa sea el principio de confianza, pues tan sólo constituye —partiendo del pensamiento del propio Jakobs— una concreción de lo que generalmente puede reputarse como “riesgo permitido”: es decir, se trata de determinar cuándo existe con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido) y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Existe un principio de confianza. Por ejemplo, el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado.

C. Actuación a riesgo propio

Mediante la institución de la “actuación a riesgo propio” o “competencia de la víctima” Jakobs trata de normativizar la incidencia de la conducta de la víctima en el juicio de tipicidad.

Puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva y puede que la víctima se encuentre en desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima.

Las infracciones a los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de “acción a propio riesgo”.

D. Prohibición de regreso

Probablemente, la institución más original de la imputación objetiva tal y como la concibe Jakobs es la de la prohibición de regreso,¹⁷ que fue el

¹⁷ En palabras de Roxin, y siguiendo las teorías antiguas de la teoría de prohibición de regreso, es impune la cooperación culposa en una realización dolosa y plenamente

ámbito en el que comenzó a plantear la necesidad de limitar el ámbito del comportamiento punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, necesidad resumida en su conocida frase “no todo es asunto de todos”. De modo sintetizado cabría decir que lo que esta institución pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva.

Para Jakobs, la prohibición de regreso opera cuando el sujeto que realiza la actividad que realiza el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo común el delito cometido. Desde esta óptica, la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina el campo de la “no participación (punible)”. A partir de estos postulados Jakobs propugna una especie de concepción extensiva de la autoría, o mejor dicho, una concepción unitaria del injusto en el que intervienen varios sujetos o “sistema unitario de participación”, describiendo a partícipes y autores como creadores de una misma unidad de sentido, y por tanto, como intervinientes en un injusto colectivo.

Jakobs llega así a la conclusión de que frente al campo de lo no punible el hecho conjunto ha de verse delimitado de modo objetivo —y no subjetivo, por medio del *animus* de los intervinientes—, precisamente por estar basada la construcción en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho. Con este punto de partida —con el que no se pretende llegar a un concepto unitario de autor en el sentido de renunciar a distinguir las diversas aportaciones de los intervinientes— parece que la diferenciación dentro del campo de lo punible, entre autores y partícipes, debería llevarse a cabo con base en criterios cuantitativos y no cualitativos (puesto que para

responsable del tipo porque: a) la relación causal se vería “interrumpida” por la intermediación del autor que actúa dolosa y culpablemente; b) la participación es impune debido a que el legislador solamente habría querido penar la participación dolosa como instigación o complicidad (lo que presupone erróneamente que en los delitos culposos de resultado es posible una diferenciación entre autoría y participación); c) en el concepto de prohibición de regreso, se encuentra (según Frank) un “reconocimiento positivo-jurídico”, en relación con la figura de la inducción pues en todo caso el instigador sería simplemente un autor.

De las teorías recientes, destaca: a) “el principio de la propia responsabilidad de Welp”; b) “el principio de la capacidad de dirección en Otto”; c) “el desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia en Wehrle”, cita en “Observaciones a la prohibición de regreso”, en traductor y editor Manuel A. Abanto Vásquez, *Dogmática penal y política criminal*, Lima, Idemsa, 1998, pp. 46-59.

todos los intervinientes en el hecho colectivo la razón de la responsabilidad es la misma). Salta a la vista que Jakobs aquí permanece fiel a su punto de partida de que debe existir un comportamiento con significación comunicativa para que tal conducta adquiriera relevancia en el sistema de imputación. Trasladado esto al ámbito de la teoría de la participación, ello supone un rechazo de principio a cualquier aproximación subjetivista de la autoría y participación. Por otra parte, la definición objetiva postulada por Jakobs le lleva también a romper con el concepto unitario de autor que —con distintas formulaciones— es mayoritario respecto de los delitos imprudentes en Alemania. Desde esta perspectiva, Jakobs sostiene de modo general la existencia material (en el derecho vigente punible en su opinión bajo el *nomen iuris* de autoría) de participación imprudente.

En resumidas cuentas, existe una prohibición de regreso,¹⁸ cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado resulta inocuo, no constituye participación en una organización no permitida.

El conductor de un taxi debe conducir puntualmente y sin poner en peligro a su cliente. Como se llame, lo que quiera hacer el cliente en el punto de destino no atañe al conductor. Esto es, no participa ni de las buenas ni de las malas obras del cliente.

E. Algunas cuestiones abiertas de la teoría de la imputación objetiva

Una cuestión que llama la atención en el conjunto diseñado por Jakobs es el contraste del gran desarrollo realizado en el primer nivel de imputación objetiva, la imputación del comportamiento, con cierta parquedad en la fundamentación teórica de la imputación objetiva del resultado, es decir,

¹⁸ En el artículo sobre “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Madrid, Civitas, 2000, p. 28: Wolfgang Frisch opina que la traducción habitual castellana de *Regreßverbot* como “prohibición de regreso” sería mejor hacerla como “prohibición de retroceso” en la medida en que “regresar” expresa la idea de un punto de partida (fundamentador de la imputación) y la “prohibición” sería sólo una forma de restringir tal imputación ya fundamentada, mientras que lo que se cuestiona en estos casos es precisamente si las conductas de terceros que intervienen con anterioridad al ejecutor inmediato son candidatas a una imputación en coautoría o participación, esto es, se discute la posibilidad (“prohibición”) de “retroceder” (fundamentar la imputación) hasta la responsabilidad de un sujeto que intervino con anterioridad. Consúltase del mismo autor: *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995.

en cierta medida un reparto de pesos inverso al de la teoría de la imputación objetiva mayoritaria.

Parece necesario —como lo resalta Peñaranda Ramos *et al.*¹⁹— un mayor esfuerzo de explicación desde la perspectiva de Jakobs; incluso puede decirse que aún falta una teoría general del resultado como injusto objetivo, ya que aparte de alguna genérica referencia al resultado como “aumento cuantitativo” de la objetivación del quebrantamiento de la norma, no queda claro cuál es la relación entre este quebrantamiento de la norma, que es concebido por Jakobs como “resultado” específico del injusto penal (objetivamente imputable) y el “resultado” en sentido material.

Es de especial interés en relación con la teoría de la imputación objetiva la cuestión de la delimitación de elementos objetivos y subjetivos en el marco de la tipicidad. De hecho, es este el punto que ha dado lugar a más ataques de principio a la validez de la teoría de la imputación objetiva. En este punto Jakobs llega a una solución coherente con su punto de partida: en realidad, la cuestión estriba en definir cuál es el sujeto “cuyo comportamiento ha de pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que se subjetivice la imputación”; sólo si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que debe cumplir, podrá sostenerse que este es destinatario de expectativas generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo-general.

Para Jakobs, lo decisivo es definir al sujeto que actúa en sociedad y al que le es imputado su comportamiento, pues esta definición también ofrecerá las pautas necesarias para interpretar de modo generalmente válido dicho comportamiento (en este sentido, de manera objetiva) decidiendo cuáles de sus conocimientos individuales son relevantes. El rol como mucho es una abreviatura del ciudadano modelo en cada contexto, y esto último es precisamente lo que la imputación objetiva del comportamiento debe determinar.

IV. LA ACCIÓN COMO PARTE DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN

El concepto de acción cabe vincularlo a la total imputabilidad, sin consideración a la antijuridicidad; imputables pueden ser no sólo las “malas

¹⁹ *Un nuevo sistema del derecho penal, cit.*, nota 14, pp. 96-98.

obras”, sino también las “buenas”, y la imputación no es tan sólo una categoría jurídica, sino que tiene tintes ético-sociales.

1. *Concepto causal de la acción*

Entender a la acción como un movimiento voluntario sin consideración al contenido de la voluntad impide que se le pueda enlazar con el injusto (entendido como el lado externo del delito).

En todo caso, dicho concepto de acción sirve para descartar los movimientos reflejos, los actos convulsivos, los movimientos corporales que tienen lugar durante el sueño y en estado de inconsciencia, así como los movimientos forzados mediante violencia absoluta (irresistible), pero para nada más.²⁰

2. *Concepto final de la acción*

Con arreglo a esta doctrina, la dirección final se realiza en dos fases (interna y externa). En la interna se hace una anticipación del fin, se seleccionan los medios necesarios para la consecución del fin, y se toman en cuenta las consecuencias secundarias; en la externa, la acción se convierte en un proceso causal “supradeterminado”.²¹

Ejemplo: robo: fin-apropiación; medio-violencia (apretar el cuello a la víctima); consecuencia secundaria-muerte de la víctima (a causa del elevado riesgo). En la ejecución se da no sólo el robo, sino el homicidio (se produce la consecuencia secundaria).

Relevancia

La relevancia jurídica estriba en que eran evitables las consecuencias secundarias conocidas.

²⁰ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed. trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 161 y 162.

²¹ Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el derecho penal. En la teoría de la imputación objetiva, el tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva *ex ante* pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva *ex post* (*vaticinatio post eventum*) complementaria. Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en derecho penal*, cit., nota 6, p. 26.

3. *Concepto social de la acción*

Esta postura busca una vía intermedia. La dirección de la acción debe indagarse de un modo objetivamente generalizador; es decir, en el ámbito del injusto, las desviaciones del modelo objetivamente generalizador se convierten en asunto interno del sujeto.

Acorde a esta teoría, se determina si la persona normalmente dotada, o quien debe desempeñar determinado papel, habría ejecutado una acción idéntica, habiendo tenido presentes justamente las consecuencias de esa clase de acciones.

A. Evitabilidad individual

En el derecho penal, la imputación penal, que está orientada a las capacidades individuales, trasciende a los roles.

B. Concepto de evitabilidad

La evitabilidad es independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica. Tan sólo da un buen motivo al autor leal al derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido (así como para realizar lo prescrito).

V. IMPUTACIÓN OBJETIVA: LA CAUSALIDAD

De especial importancia resulta revisar las implicaciones evolutivas de las teorías que se han encargado de fundamentar a la causalidad.

1. *Teoría de la equivalencia*

En los delitos de comisión²² no se le prohíbe al autor, sino ejecutar una conducta que es condición del resultado típico (teoría de la condición), donde de momento queda por decidir la valoración de la condición (si le incumbe al autor, a la víctima o a un tercero) como objeto de la imputación objeti-

²² Véase Gimbernat Ordeig, Enrique, *Causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*.

va, y en la cognoscibilidad de la condición (dolosa, culposa o inevitable) como objeto del tipo subjetivo: todas las condiciones cuentan lo mismo.

Causalidad como condición

El límite entre la mera variación del riesgo y la creación²³ de un riesgo nuevo no se forma espontáneamente, sino que depende de en qué relación se organiza el mundo de los riesgos.

Ejemplifiquemos: la víctima se dispone a empezar una comida en que todos los platillos están envenenados, y alguien la convence de que empiece no por la carne, sino por la guarnición; esto condiciona una mera circunstancia concomitante, siempre que el responsable de todo el envenenamiento sea la misma persona, el veneno el mismo en todos los platos.

Pero si en la carne y en la guarnición se han echado venenos de distinta eficacia, la decisión es discutible, y ciertamente hay un cambio de riesgo cuando son distintas las personas responsables del envenenamiento de la carne y de la guarnición.

De modo que condiciona el resultado quien lo acelera, aunque sólo sea de modo insignificante (o quien lo retrasa); v. gr. mediante tratamiento médico se ocasiona la muerte de un paciente que de todos modos ya estaba en las últimas.

Sin embargo, en la medida en que el resultado sea cuantificable típicamente en su configuración concreta, dependiendo del caso concreto, el autor no puede ser causante del injusto total, sino de un *quantum* parcial.

²³ En tratándose de los supuestos de disminución del riesgo y participación en una autopuesta en peligro dolosa bajo propia responsabilidad, deben ser eliminados del tipo objetivo los hechos en que falte la “creación de un riesgo”, hechos en los cuales alguien modifique el curso causal de forma que “disminuya el peligro ya existente para la víctima, mejorando la situación del objeto de la acción v. gr. alguien que ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro, no puede pararla, pero sí desviarla hacia una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa. Aquí hay causalidad de parte de quien presta auxilio con relación a la lesión concreta, porque según la posición tradicional, se afirma la realización del tipo de la lesión corporal y, para casos de esta clase, sólo se acepta la justificación por el consentimiento presunto o el estado de necesidad justificante. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva (anota Roxin) si alguien no reduce un peligro existente, sino que lo reemplaza por otro cuya concreción en el resultado sería menos dañoso para el autor de lo que hubiera sido la concreción del peligro original, entonces la cuestión debería ser solucionada a través de las causas de justificación. Hirsch, Hans Joachim, “Acerca de la teoría de la imputación objetiva”, *Derecho penal. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999, t. I, pp. 44 y 45.

Son sustituibles sólo las condiciones suficientes, no así las necesarias. “El padre de la víctima de un asesinato consigue deslizarse hasta el lado del cadalso y, en el instante decisivo, acciona la palanca en lugar del verdugo a quien aparta de un empujón”; el “accionar la palanca” —refiere Engisch—²⁴ por parte del padre constituye condición, con independencia de la condición substitutiva del verdugo.

Tampoco decae la condición cuando la condición substitutiva no sería realizada de modo evitable por personas, sino por un curso causal natural; *i. e.* quien mediante un disparo ocasiona la muerte del que se precipitaba al vacío sin posibilidad de salvación, determina su muerte.

Por lo que hace a la *causalidad doble* o llamada *causalidad alternativa* (cuando dos autores disparan al mismo tiempo al corazón de la víctima), se requiere averiguar la acción que condiciona, pues supone un problema de prueba y no de causalidad. Suponer que todas las condiciones son también condiciones del resultado hace pasar por consumación lo que no es más que tentativa acabada.

La causalidad en relación con el resultado existe también en casos de interrupción activa *de* cursos causales salvadores (atar a un médico que puede y quiere ayudar).

También en los supuestos de cursos causales salvadores resulta irrelevante para la causalidad (pero no para la imputación subjetiva) si la condición que ocasiona la interrupción, en caso de no haber concurrido, habría sido substituida por otra. Ejemplo: si el autor consigue, mediante soborno, que la persona que era capaz de ayudar y se disponía a hacerlo, deje morir a la víctima, condiciona la muerte de la víctima aun cuando haya otra persona dispuesta a impedirlo.

2. Teoría de la adecuación

El intento más importante históricamente de limitar la causalidad²⁵ a lo imputable objetivamente se ha llevado a cabo a través de esta teoría. La ne-

²⁴ Citado por Jakobs, Günther, *Derecho penal, cit.*, nota 5, p. 233.

²⁵ Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo o el finalismo, la “teoría de la imputación objetiva” otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el

cesidad de limitar la causalidad surgió principalmente a través de los delitos cualificados por el resultado, en los que el autor era responsable del resultado, a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias.

La escasa probabilidad de ocurrir el resultado excluye la responsabilidad, en ciertas acciones. Cuando —sin más intervención ni conocimiento— alguien hace que su hijo viaje en un avión comercial con la esperanza de que muera en un accidente (lo que efectivamente ocurre), no responderá por no sobrepasar el riesgo permitido.²⁶

fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el “fin de protección de la norma penal”. Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en derecho penal*, cit., nota 6, p. 26.

²⁶ Ello se explica en el primero de los dos casos prácticos de aplicación principal de la teoría actual de la imputación objetiva, en los delitos dolosos: a) los supuestos de falta de influencia en el resultado deseado, y b) los de desviación esencial del curso causal representado.

En los primeros se discute más el aspecto teórico que el práctico (caso del tío rico). Un sobrino convence a su tío rico, de quien es heredero, para que haga un viaje en avión, con la esperanza de que se produzca un accidente y el tío muera. El tío sufre realmente un accidente aéreo y muere. Según la interpretación tradicional, si el sobrino y el tío coinciden en la apreciación del peligro y este último se decidió bajo su libre responsabilidad por el viaje, entonces el sobrino, a pesar de esa representación, no actuaría de conformidad al tipo objetivo, dado que sólo existiría una instigación atípica a una autopuesta en peligro consciente, libre y responsable. Esta posición debería afirmar que la representación del sobrino se refiere exclusivamente al riesgo habitual y general de ser víctima de un accidente y no a un suceso lesivo concreto. Se trata de una mera esperanza y no de una voluntad dirigida como la que exige el concepto de dolo. Frente a ello, quienes defienden la teoría de la imputación objetiva alegan que faltaría la realización de un peligro que sobrepasara el riesgo permitido —o, con el mismo significado, la causación prohibida de un peligro— y, por ello, desde un principio no se daría la adecuación al tipo objetivo del homicidio.

La figura jurídica de los segundos supuestos hace mención a los casos en que el resultado ocurre de una manera diferente a la que se representó el autor *e. g.* quien quiere matar a la víctima de un disparo, pero la lesión no resulta mortal; sin embargo, la víctima muere a causa del incendio del hospital en donde fue ingresada. Acorde a la opinión tradicional, se trata de un problema del dolo, a saber: de la cuestión de si una desviación semejante es adecuada dentro del cuadro de representación, para ser considerada no esencial y, por ello, abarcada por el dolo. Conforme a la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido. Si ello falta, entonces debe caer el tipo objetivo debido a la desviación esencial y, por ello, tampoco quedaría lugar para la imprudencia. Hirsch, Hans Joachim, “Acerca de la imputación objetiva”, *Derecho penal*, tomo I, cit., nota 23, pp. 40-44.

Sin embargo, el riesgo permitido no depende sólo del grado de probabilidad, sino también de la clase del riesgo.

VI. EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN SUPUESTOS DE RIESGO PERMITIDO

La fundamentación del riesgo permitido está emparentada con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. En él no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos.²⁷

1. *Ubicación dogmática del riesgo permitido*

Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto. No significa que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación.

Al exceder el riesgo (fabricando automóviles cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo,²⁸ de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante.

El riesgo permitido no resuelve sobre la colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción.

Para entender el riesgo permitido es necesario considerarlo como resultado de un cálculo de costes y beneficios: el beneficio estaría constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con la ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes²⁹ serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo.

²⁷ Jakobs, Günther, *Derecho penal, cit.*, nota 20, p. 243.

²⁸ Para el ámbito del delito doloso los críticos de la teoría de la imputación objetiva remiten al efecto filtrante del dolo y de los criterios de autoría. El dolo en cuanto a voluntad de realización impide calificar como conducta dolosa aquella en la que el autor dispone cursos causales altamente improbables estando más allá de la capacidad de dominio del ser humano. En los casos de producción previsible o aceptada del resultado mediando la conducta autorresponsable de la víctima o de un tercero se excluye la autoría dolosa precisamente por la ausencia de dominio del hecho por parte del causante. Frisch, Wolfgang, “La imputación objetiva...”, *cit.*, nota 18, p. 43.

²⁹ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva, cit.*, nota 5, pp. 43 y 44.

En una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes.

2. *Límites entre estado de necesidad y riesgo permitido*

En el riesgo permitido, el contexto de la acción esperada típicamente ha proporcionado el motivo de la autorización del riesgo. Pero cuando al conductor de una ambulancia le está permitido infringir las normas reguladoras del tráfico rodado para prevenir una situación de peligro que no cabe eliminar de otro modo, cabe acreditar una justificación (y cuando le está permitido dar una vuelta con un gran camión, lo que no reporta utilidad especial, se excluye el tipo). En el último supuesto —riesgo permitido— se trata sólo de la libertad de acción, mientras que en el primero —estado de necesidad— se trata de la realización de la acción a favor de un interés.

El rol decisivo aplica cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas. En este caso pueden regir condiciones muy diversas respecto de la permisión del riesgo (la madre que pone un trozo de tela en una pequeña herida en la pierna de su hijo actúa aún dentro del riesgo permitido; mientras que el médico ya estaría de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica).

En la incumbencia del curso causal rigen las reglas del estado de necesidad defensivo, cuando se impide en el último instante el despegue de un aeroplano, mediante el disparo al piloto (dada la destrucción de un importante grupo motor, por sabotaje), pues el aparato con seguridad se habría estrellado en una zona habitada.³⁰

VII. EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS SUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Este principio implica que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto.

Como mínimo, el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia. Se necesita de la división

³⁰ Jakobs, Günther, *Derecho penal, cit.*, nota 20, p. 247.

del trabajo para que cada participante no tenga que controlar todas las posibilidades de influencia.

En el ámbito de la omisión, el estudiante de biología que descubre la fruta venenosa justo después de haberla servido (en su rol de mesero), al no concurrir posición de garantía (porque su comportamiento previo no creó un riesgo especial) limitará su responsabilidad a la omisión de socorro.

Pero también puede adaptarse el comportamiento propio del rol a los conocimientos (situación que concurre siempre que el autor asume la administración de un riesgo); el autor no consume el destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que lo manipula (camarero que descubre en la ensalada alguna fruta venenosa, y retiene el plato hasta que se presente una persona a quien odia), entonces responderá por las consecuencias.

La confianza permitida decae cuando es función de un participante compensar el comportamiento defectuoso de otros (el ciclista no debe dar bandazos si puede evitarlo, el conductor del automóvil debe incluir alguna posibilidad de bandazos en el cálculo de la distancia de seguridad).³¹

VIII. EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN SUPUESTOS DE PROHIBICIÓN DE REGRESO

No cabe apreciar complicidad del deudor en el homicidio, cuando el deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como lo sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor. Se trata del ámbito de la prohibición de regreso, expuesta en relación con la teoría de la autoría y participación.³²

³¹ *Ibidem*, p. 255.

³² La teoría de la prohibición de regreso pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado. Conforme a la teoría de prohibición de regreso, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable de un tercero. Dichas condiciones no cumplen ningún tipo objetivo de autoría; por consiguiente, en caso de imprudencia, su creación es impune, y habiendo dolo, quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría: los preceptos relativos a la participación. Naucke, Wolfgang *et al.*, *La prohibición de regreso en derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1998, pp. 102 y 104.

La limitación de responsabilidad también se produce cuando el tercero es el mismo que resulta dañado. Por ejemplo, la víctima de unas lesiones no se cura las heridas sin razón comprensible (omisión), o no deja de arañárselas (acción); en este caso el autor no responde por las complicaciones o secuelas.

El agente no queda exento de responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión cuando, con independencia de la acción, es garante de que el bien afectado quede intacto o al menos no resulte amenazado por determinados peligros. El médico que, contra su deber, da por concluido un tratamiento, con la consecuencia de la muerte del paciente, responde por ello, tanto si suspende su actividad manual (omisión) como si desconecta la máquina que funcionaba automáticamente (acción). Aquí basta precisar la fuente de la cual se originó su posición de garante (artículo 7o., CPF; 16, nuevo CPDF).

IX. IMPUTACIÓN OBJETIVA. REALIZACIÓN DEL RIESGO EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

Es importante individualizar la concurrencia de riesgo, para determinar si la víctima ha adoptado las medidas de autoprotección que le incumben, por un lado, y, por el otro, si el autor, mediante un comportamiento no permitido, desencadena el riesgo que se puede impedir causalmente evitando esa conducta (llevarse a la víctima secuestrada en un auto y ésta pierde la vida en un accidente inevitable).³³

Incremento del riesgo

La teoría del incremento del riesgo tiene la función de sustituto penal para la tentativa del delito imprudente.

Constituye un instrumento imprescindible para la definición del comportamiento no permitido, pero inidóneo para aportar algo sobre la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado. Se trata de un problema procesal a resolverse con arreglo al principio *in dubio pro reo*.³⁴

³³ Jakobs, Günther, *Derecho penal, cit.*, nota 20, p. 269.

³⁴ *Ibidem*, p. 287.

X. EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN, EN CASOS DE ACUERDO,
CONSENTIMIENTO QUE EXCLUYE EL TIPO
Y ACTUACIÓN A RIESGO PROPIO

Quien contando con la voluntad del propietario destruye alguna puerta, no produce daños típicos (el consentimiento del titular excluye la realización del tipo).

Así, en supuestos de ataques típicos a bienes disponibles hay dos modos de proceder:

- a) el autor puede destruir el bien sin la voluntad del titular del bien, o
- b) puede, de modo imputable (mediante engaño o coerción), conducir al titular del bien a que quiera renunciar a éste.

Por ejemplo, el acuerdo obtenido coercitivamente no impide la consumación del delito de violación.

El que rapar el pelo o tomar anticonceptivos constituyan lesiones o sean atípicos, se rige por la voluntad del titular del bien. Existen bienes de los que se puede disponer libremente (la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos —como la libertad deambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia— e incluso de la integridad física), casos en los que el consentimiento excluye el tipo.

En cambio, dentro del consentimiento justificante se encuadran aquellos casos de consentimiento de lesión en los cuales el bien afectado no tiene función de intercambio, es decir, no es medio de desarrollar la personalidad (*e. g.* extirpación de un riñón por parte del médico para realizar un trasplante, a pesar del consentimiento del donante).

La exclusión del tipo por riesgo permitido y por consentimiento son aquí congruentes. Representan ejemplos: la participación en deportes moderadamente arriesgados (hípica, esquí), cuando la lesión de un participante proviene de otro.³⁵

El obrar a propio riesgo supone una participación con eficacia excluyente del tipo.

³⁵ *Ibidem*, p. 295.

XI. TEORÍA GENERAL DE LA JUSTIFICACIÓN

A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable (sólo en consideración a su contexto).³⁶

En cuanto a las situaciones de justificación, son las teorías monistas las que adoptan como principios rectores:

- a) Al medio adecuado para el fin justo,
- b) A la ponderación de valores en el conflicto entre éstos,
- c) Al respeto de la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta.

Mientras que las pluralistas combinan los principios de ausencia de interés y de interés preponderante.

En conexión con las teorías pluralistas se puede llevar a cabo una clasificación de las causas de justificación, en tres grupos:

- a) La justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención (principio de responsabilidad. O de modo atenuado, a veces, el principio de ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención). Ejemplos: defensa legítima, estado de necesidad defensivo.
- b) Rige el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención (esto es, la víctima lo define como beneficioso o cuando menos aceptable). Ejemplo: consentimiento justificante.
- c) El fundamento de la justificación es el principio de solidaridad. Ejemplo: estado de necesidad agresivo.

XII. TEORÍA GENERAL DE LA CULPABILIDAD

Cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente, o falta la fidelidad al derecho, se actúa culpablemente.

³⁶ *Ibidem*, pp. 419-422.

El juicio de culpabilidad constata a qué sujeto ha de castigarse —proporcionadamente—; de ahí que cuando se afirma que la culpabilidad debería sustituirse con ventaja por el principio de proporcionalidad no se está teniendo en cuenta que la proporcionalidad no aporta imputación.

1. *Concepto psicológico*³⁷

La separación del aspecto externo (injusto) del interno (culpabilidad) en el sistema de Von Liszt, Beling, Radbruch, da lugar al llamado concepto psicológico de la culpabilidad. Según esta concepción, sólo dolo y culpa (hechos psíquicos) constituyen la culpabilidad (y la imputabilidad sería tan sólo su presupuesto).

Esta solución surge como consecuencia de la consideración naturalística, pero también del afán orientado al derecho público, de expulsar valoraciones imprecisas fuera del concepto de la culpabilidad y de sujetarla a datos verificables con seguridad.

2. *Concepto normativo-psicológico*³⁸

Contra el concepto psicológico de la culpabilidad se ha subrayado su fracaso en los casos en que la ley disculpa a pesar de haber dolo o imprudencia (v. gr. estado de necesidad disculpante).

La conocida crítica de Frank enmarca:

...si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia, y si éstos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante). Pues también el autor que obra en estado de necesidad exculpante sabe lo que está haciendo.

Según Frank, en la culpabilidad, por tanto, dolo e imprudencia importan sólo indirectamente; la culpabilidad será la reprochabilidad de un comportamiento, dividiéndose a su vez esta reprochabilidad, por de pronto, en hechos —en parte estandarizados—: “constitución psíquica normal”, más

³⁷ *Ibidem*, pp. 568 y 569.

³⁸ *Ibidem*, pp. 569-572.

“relaciones psíquicas” con el hecho, más “configuración normal de las circunstancias en las que el autor actúa”.

Goldschmidt propone situar, junto al hecho psíquico de dolo e imprudencia, un elemento normativo de la culpabilidad, la “contrariedad a deber”. La situación exculpante se describe como la situación “en la que... al autor no se le podría exigir, de acuerdo con las circunstancias, someterse al motivo de cumplir el deber”.

En palabras de Freudenthal, la esencia de la culpabilidad radica en el desprecio del comportamiento, toda vez que el autor pudo y debió realizar otra conducta y porque el resultado pudo y debió ser un contramotivo. Con ello, da cabida a la exigibilidad de otra conducta tanto en delitos dolosos como imprudenciales.

Según Mezger, “la culpabilidad jurídico-penal es una suma de los presupuestos de la pena que se refieren a la persona del sujeto actuante”, es decir, un hecho —“por lo general psicológico”—. Pero la culpabilidad es “al mismo tiempo un juicio de valor sobre el hecho de la culpabilidad”.

3. *Concepción normativa pura*³⁹

La problemática relación entre culpabilidad y evitabilidad (dolo e imprudencia) se debe resolver, según el finalismo, considerando al dolo y a la imprudencia como los objetos de una valoración, frente a lo cual en la culpabilidad importa la valoración de tales objetos.

Los objetos de valoración ya no tienen lugar en el marco de la culpabilidad, dado que ésta no será más que la propia valoración, y así se presenta una estructura del delito que asigna al dolo y a la imprudencia un lugar en el injusto.

La culpabilidad es independiente del hecho psíquico de la realización del juicio. Sin embargo, sí se produce un déficit porque tampoco la doctrina final de la acción alcanza a ubicar la conciencia (virtual) de la antijuridicidad.

De todos modos, esto se discute con el argumento de que sólo se reprocha el dolo (o la imprudencia), mientras que por el contrario la conciencia (virtual) de la antijuridicidad es

³⁹ *Ibidem*, pp. 573 y 574.

...el motivo por el que se reprocha al autor el dolo antijurídico. Puesto que el autor pudo darse cuenta de la antijuridicidad y por tanto pudo omitir su decisión de actuar antijurídico, se le reprocha ésta. De aquí se desprende que el conocimiento del injusto no es elemento del dolo, sino sólo de la reprochabilidad.

Esta distinción entre *objeto y motivo del reproche* no resuelve, sin embargo, el problema de la ubicación de la relación subjetiva con el injusto: ésta no pertenece al dolo, y tampoco es por sí misma reprochabilidad, es decir, “culpabilidad”.

4. *Concepto funcional de culpabilidad*⁴⁰

La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto.

Se pune para mantener la confianza general en la norma. Con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el derecho penal contribuye a estabilizar el ordenamiento.

El motivo para distinguir entre contenido de la norma y reconocimiento de la norma reside en que el contenido de la norma, como objeto del reconocimiento de la norma, no puede abarcar al mismo tiempo un *juicio* sobre este reconocimiento (es decir, sobre la relación consigo mismo).

Dentro de un sistema definido, el contenido de la culpabilidad sólo está determinado como lo esté el fin de la pena. Y el fin de la pena, en la concepción de Jakobs, es de tipo preventivo-general positiva; es decir, se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidar o escarmentar, como lo apuntamos *supra*).

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 581-583.